

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : Sciences Juridiques et Politiques

Présentée et soutenue par

FRIEDRICH Clemmy

le 5 décembre 2016

**Histoire doctrinale d'une mise en discours:
des contrats de l'administration au contrat administratif
(1800-1960)**

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Public**

Unité de recherche : **IMH (EA 4657)**

Directeur de thèse : M. Mathieu TOUZEIL-DIVINA, professeur (UT1 Capitole)

JURY

Rapporteurs M. Grégoire BIGOT, professeur (université de Nantes)
M. Benoît PLESSIX, professeur (université Paris 2 Panthéon-Assas)

Suffragants M. Jean-Louis MESTRE, professeur émérite (université d'Aix-Marseille)
M. Grégory KALFLÈCHE, professeur (université Toulouse 1 Capitole)
Mme. Hélène Hœpfner, professeur (université Toulouse 1 Capitole)

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Résumés

Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960)

Une histoire des contrats administratifs est ordinairement partagée par les juristes. Développée au moment même où leur théorie a été conçue, elle fait valoir que le Conseil d'État aurait conceptualisé le contrat administratif dans les premières années du XX^e siècle, avant que Gaston JÈZE, puis Georges PÉQUIGNOT et André de LAUBADÈRE notamment, ne vinssent l'appréhender au travers d'une théorie générale. De ce point de vue, les administrativistes du XIX^e siècle auraient été incapables de penser le contrat administratif. Si nous admettons sans conteste que la théorie des contrats administratifs est contemporaine de l'Entre-deux-guerres, ceux-là n'ont pas manqué de s'intéresser aux contrats de l'administration suivant des préoccupations qui leur sont restées propres.

D'une part, la théorie des contrats administratifs dont nous attribuons classiquement la paternité à Gaston JÈZE est contingente de l'Entre-deux-guerres. Le contraste de cette période avec la Belle Époque fait voir les motifs qui ont incité certains administrativistes à défendre cette idée – inintelligibles jusqu'alors – qu'il pût y avoir des contrats de deux genres différents (partie 2). D'autre part, les administrativistes du XIX^e siècle se sont souciés des contrats de l'administration à partir de problématiques contemporaines de leur époque. Que ce soit pour définir l'administration et sa juridiction, ou bien que ce soit pour développer des représentations du droit administratif. Sans constituer une théorie générale qui en soulignât l'unité, les contrats de l'administration ont été employés à discuter du droit administratif, si bien qu'ils furent un vecteur de son dynamisme (partie 1).

A Doctrinal History of a Formalisation : from Contracts with the Administration to Administrative Contract : (1800-1960)

There is a history of administrative contracts that is commonly shared by the legal experts. Developed at the very time when their theory was designed, it argues that the Council of State would have conceptualised the administrative contract in the first years of the 20th century, before the emergence of a general theory proposed by Gaston JÈZE, then Georges PÉQUIGNOT and André de LAUBADÈRE. From this perspective, the administrative law specialists of the 19th century would have been unable to think the administrative contract. If we unquestionably agree that the administrative contracts theory is contemporary with the inter-war period, these specialists did not lack of interest in the administrative contracts according to their very own preoccupations.

On one hand, the administrative contracts theory, the paternity of which being traditionally attributed to Gaston JÈZE, is shaped by the inter-war period. The contrast between this time and the “Belle-Époque” period brings to light the motives behind the will of some administrative law specialists to stand up for this idea – unintelligible until then – that there could be two different kinds of contracts (part 2). On the other hand, the administrative law experts of the 19th century focused their worries about the contracts of the administration on contemporary issues. Whether it be to characterise the administration and its jurisdiction, or be it to develop representations of the administrative law. Without constituting a general theory that would emphasise their unity, the contracts of the administration were used to discuss the administrative law, so much so that they were a vector of its dynamism (part 1).

Si ce travail a été réalisé dans une solitude entretenue, je sais gré au professeur TOUZEIL-DIVINA d'avoir étendu son égide au-dessus d'un doctorant que les vicissitudes estudiantines avait rendu inquiet.

La sollicitude dont il m'a témoignée sans discontinuité, a été une ressource inespérée pour que je conserve cette confiance nécessaire à la concrétisation de mon dessein. Je suis heureux d'être obligé à celui qui s'est représenté les fonctions de directeur de recherches avec toute la singularité et la générosité qui le caractérisent. Nul autre hommage ne m'est plus agréable à exprimer.

Ma gratitude embrasse également les proches près de qui j'ai passé mes six années de recherches. Leur compagnie me fut douce et précieuse, en même temps qu'elle contribua à toujours repousser le spectre de lassitude qui aurait renversé mon entreprise pour n'en faire qu'une épreuve subie. Je salue plus encore ceux qui prêtèrent leur concours enjoué aux derniers travaux de ma thèse.

SOMMAIRE

HISTOIRE DOCTRINALE D'UNE MISE EN DISCOURS : DES CONTRATS DE L'ADMINISTRATION AU CONTRAT ADMINISTRATIF (1800-1960)

Première partie

LES CONTRATS DE L'ADMINISTRATION : LES NAISSANCES D'UN SUJET DOCTRINAL (1800-1890)

Titre premier. – Les marchés de fournitures de l'État employés à définir l'administration publique (1800-1830)	3
Titre II. – Les marchés de fournitures de l'État saisis par les controverses sur le Conseil d'État (1815-1830)	81
Titre III. – De la nécessité d'une histoire des littératures administratives avant d'envisager une histoire doctrinale (1815-1890)	143
Titre IV. – La consécration d'un sujet doctrinal : les contrats mobilisés à penser le droit administratif (1815-1890)	227

Seconde partie

LE CONTRAT ADMINISTRATIF : DE LA CONTINGENCE D'UN CONCEPT À L'HÉGÉMONIE D'UNE THÉORIE (1880-1960)

Titre premier. – Les contrats administratifs : une locution corrélée à la compétence administrative (1880-1940)	419
Titre II. – Les contrats administratifs : un sujet doctrinal traversé par des réflexions divergentes (1860-1914)	497
Titre III. – L'impossible contrat administratif : le concept du contrat monopolisé à dénoter le droit privé (1880-1914)	575
Titre IV. – De l'acculturation du contrat à la théorisation des contrats administratifs (1914-1960)	669

TABLE DES ABRÉVIATIONS

Abréviations latines

<i>cf.</i>	<i>confer</i> , du latin <i>conferre</i> (« se référer à »)
<i>comp.</i>	du latin <i>compare</i> (« à rapprocher de »)
<i>etc.</i>	du latin <i>et cetera</i> (« et tout le reste »)
<i>ibid.</i>	du latin <i>ibidem</i> (« au même endroit ») : renvoyant à la dernière référence indiquée à la page près
<i>id.</i>	du latin <i>idem</i> (« le même ») : renvoyant à la dernière référence indiquée, exception faite de la page
<i>op. cit.</i>	du latin <i>opus citatum</i> (« œuvre citée ») : indiquant qu'une référence a déjà été mentionnée dans une note précédente (comprise dans le titre considéré)
<i>sq.</i>	du latin <i>sequiturque</i> (« ce qui suit ») : renvoyant aux pages suivantes

Abréviations ordinaires

art.	article
c.	contre
col.	colonne
chron.	chronique
dactylogr.	dactylographié
dir.	ouvrage sous la direction de
éd.	édition
n°	numéro
p.	page
s. d.	sans date
s. l.	sans lieu
spéc.	spécialement
t.	tome
vol.	volume
v°	renvoi au terme désigné dans un dictionnaire ou répertoire
(...)	coupure effectuée dans la phrase
[]	information introduite en complément d'une référence bibliographique lorsque celle-là ne figure pas formellement dans l'ouvrage consulté

Abréviations relatives aux juridictions

Cass.	Cour de cassation
C.E.	Conseil d'État
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
T.C.	Tribunal des conflits
Trib.	Tribunal civil

Abréviations relatives aux revues juridiques

<i>A.J.D.A.</i>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
<i>Dalloz</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>E.D.C.E.</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>J.C.P.</i>	<i>La Semaine juridique</i>
<i>J.C.P. A.</i>	<i>La Semaine juridique. – Administration et collectivités territoriales</i>
<i>R.C.L.J.</i>	<i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i>
<i>R.D.P.</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
<i>R.E.L.E.</i>	<i>Revue étrangère de législation et d'économie politique (dite Revue Félix)</i>
<i>R.F.D.A.</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>R.G.A.</i>	<i>Revue générale d'administration</i>
<i>R.G.D.</i>	<i>Revue générale du droit</i>
<i>R.H.D.F.E.</i>	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
<i>R.H.F.D.</i>	<i>Revue d'histoire des facultés de droit</i>
<i>R.L.J.</i>	<i>Revue de législation et de jurisprudence (dite Revue Wolowski)</i>
<i>R.P.D.F.</i>	<i>Revue pratique de droit français</i>
<i>R.P.P.</i>	<i>Revue politique et parlementaire</i>
<i>R.R.J.</i>	<i>Revue de la recherche juridique. – Droit prospectif</i>
<i>R.T.D. civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>Rev. adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>Sirey</i>	<i>Recueil Sirey</i>

Conventions employées pour les citations

Les références d'une source sont indiquées à la première citation qui en est faite, considération faite du titre où celle-ci intervient. Elles sont rappelées dans leur intégralité lorsque la source a déjà été mentionnée dans un titre précédent.

Les prénoms des auteurs sont systématiquement indiqués dans les références, sauf les cas où, nous étant inconnus, ils n'apparaissent pas, ou bien seulement sous la forme d'une initiale.

Les références d'un ouvrage indiquent *systématiquement* la date de publication (rapportée au volume pertinent) et l'édition (si seulement il en existe plusieurs).

Afin d'insister sur la temporalité d'une doctrine, les citations ont toujours été extraites de l'édition où elles apparaissent pour la première fois (si naturellement un ouvrage a fait l'objet de plusieurs éditions). Cependant, lorsque le sens de notre démonstration s'y est prêté, nous avons spécialement choisi la dernière édition – notamment pour souligner l'aboutissement d'une évolution doctrinale. C'est encore le cas pour les ouvrages qui nous sont contemporains, et dont l'objet de la citation est d'indiquer l'actualité d'une opinion.

Les références des articles sont *systématiquement* indiquées, afin que le lecteur puisse facilement les consulter sans devoir retrouver dans le corps de la thèse la référence intégrale.

Lorsqu'une thèse de doctorat est citée pour la première fois (dans un titre considéré), nous indiquons *systématiquement* la faculté où elle a été soutenue (ou bien l'université après la réforme de 1968). S'agissant *spécialement* des thèses de doctorat comprises dans les bornes chronologiques de nos travaux (*ante* 1960), nous les appréhendons comme un objet d'histoire. Aussi indiquons-nous l'identité du président (ancienne dénomination pour le directeur de thèse), ainsi que la chaire dont il est titulaire.

INTRODUCTION

QUELLE HISTOIRE ? POUR QUELS CONTRATS ?

POUR EN DIRE QUOI ?

Paragraphe 1. – Les difficultés méthodologiques d’une histoire affectée par les enjeux du droit contemporain

Paragraphe 2. – Pour une histoire *doctrinale* d’une *mise en discours* des *contrats de l’administration*

Paragraphe 3. – La salubre diversification des courants historiographiques en droit administratif : pour une histoire *doctrinale* du XIX^e siècle

Paragraphe 4. – Présentation de notre problématique et du plan correspondant

1. La théorisation des contrats administratifs est ordinairement associée à trois grands noms autour desquels s’organise leur histoire : Gaston JÈZE, Georges PÉQUIGNOT et André de LAUBADÈRE. C’est, par exemple, le professeur RICHER qui insiste sur cette triade.

La synthèse de JÈZE a été suivie d’une thèse importante consacrée en 1945 par Georges PÉQUIGNOT à la *Théorie générale du contrat administratif*. Constatant que JÈZE lui-même n’était pas allé au-delà d’une étude de chacun des grands contrats administratifs, l’auteur entend dégager la théorie générale commune à tous les contrats administratifs aussi bien nommés qu’innommés. (...)

Une étude complète unissant les points de vue de JÈZE et PÉQUIGNOT a été publiée en 1957 par A. de LAUBADÈRE¹.

Implicitement, les administrativistes du XIX^e siècle n’auraient jamais porté beaucoup d’attention aux contrats administratifs – sinon aux contrats de l’administration (pour ne pas s’exposer à un anachronisme). L’histoire qui s’y rapporte est souvent celle d’un progrès en butte à des résistances, celles-là même qui ont entravé la genèse du droit administratif moderne. Confrontés dans les premiers temps à un droit en germe, les administrativistes auraient laborieusement pénétré les mystères des contrats administratifs en s’arrêtant d’abord à leur forme distinctive (au XIX^e siècle), avant de considérer moins superficiellement leur nature propre (à partir de la fin du même siècle). Suffisamment ductile pour absorber les nuances les plus variées, cette histoire des contrats administratifs accompagne celle du droit administratif (républicain) ; elle est jalonnée de verrous qui sautent les uns après les autres :

¹ RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 2016 (10^e éd.), p. 29. *A pari* : SALON Georges, « Gaston JÈZE et la théorie générale des contrats administratifs », in *R.H.F.D.* 1991, p. 71

l'avènement pérenne de la justice administrative déléguée (1872) ; la reconnaissance de principe d'un droit administratif autonome avec la décision *BLANCO* (1873) ; l'abandon définitif de la juridiction ministérielle à la fin des années 1880 ; la formalisation prétorienne d'un régime juridique spécifique des contrats administratifs au cours de ce que le professeur YOLKA appelle les « *Trente Glorieuses du droit des contrats administratifs* »². La théorisation des contrats administratifs est présentée comme si elle procédait de résistances archaïques qui auraient cédé les unes après les autres pour permettre à un droit administratif moderne de s'épanouir. Ces libérations successives rythment un mouvement qui, progressivement mais inexorablement, tendrait à révéler la véritable nature des contrats administratifs, comme si leur existence était immanente à l'histoire. Le professeur VEDEL présente Gaston JÈZE comme « le père [d'une] *théorie des contrats administratifs qu'il a à peu près tirée du néant* »³. Le professeur BRENET donne un autre exemple. Il affirmait récemment que ce n'est « qu'avec *l'abandon de la théorie des actes d'autorité et de gestion par le Tribunal des conflits en 1873 (...)* qu'un début de conciliation entre “l'administrativité” et la “contractualité” a pu s'opérer »⁴. Dans cette assertion prise parmi d'autres, les modalités d'énonciation nous paraissent suggérer un processus constructif dont l'orientation est tenue d'aboutir à la conceptualisation moderne du contrat administratif. Cela illustre à notre sens le déterminisme latent qui préside à la manière dont l'histoire des contrats administratifs a été écrite. Leur théorie aurait été explicitée par la doctrine administrative dans le sillage d'une jurisprudence volontariste du Conseil d'État. Suivant une approche qui suppose le savoir juridique se capitalisant par accumulation, le père des contrats administratifs – Gaston JÈZE – aurait dépassé ses contemporains en les résumant tous. Mais comme si une telle entreprise ne pouvait suffire à un seul homme, il aurait seulement eu le mérite de rapprocher des connaissances éparses dans une monographie synthétique. Georges PÉQUIGNOT est présenté comme celui qui a achevé l'œuvre (supposée inaboutie) de Gaston JÈZE en consacrant une véritable théorie *du* contrat administratif plutôt que *des* contrats administratifs. Suivant une dynamique ternaire, JÈZE est celui qui a initié ; PÉQUIGNOT, celui qui a consacré ; LAUBADÈRE, celui qui a pérennisé. Si – dans un ouvrage récent – le professeur YOLKA admet l'existence, dès l'Ancien Régime, de « *primo-contrat administratif* » caractérisé par « *un droit des contrats dérogatoire* »⁵, ce droit n'aurait été théorisé qu'« *au tournant des XIX^e et XX^e siècles* »⁶ à l'initiative du Conseil d'État. La plupart des travaux historiques viennent s'agréger à cette trame narrative sans en bousculer l'architecture.

² YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 2013, p. 19.

³ VEDEL Georges, *Droit administratif*, Paris, P.U.F. 1958-1959 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 589.

⁴ BRENET François, « Les contrats administratifs », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice & YOLKA Philippe (dir.), *Traité droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011 (2 vol.), t. 2, p. 219-220 (c'est nous qui soulignons).

⁵ YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.* (2013), p. 12.

⁶ *Id.*, p. 18.

Que l'on admette l'existence d'un droit administratif antérieur à la Révolution ; que l'on reconnaisse des auteurs qui, dès le XIX^e siècle, se sont souciés de certains contrats – l'on cite souvent à ce titre l'avocat aux Conseils PERRIQUET –, la théorisation des contrats administratifs ne cesse d'être associée à un âge d'or du droit administratif (premier tiers du XX^e siècle). Cet âge à propos duquel le professeur BURDEAU écrivait – en le désignant comme « *le temps des cathédrales* » – :

Tous [les administrativistes universitaires] chantent volontiers les harmonies et les hardiesses de l'œuvre qu'élèvent, pièce après pièce, les démiurges du Palais Royal. Hypnotisée par la jurisprudence à qui elle doit la vie, la doctrine lui fait cortège⁷.

Si l'on considère uniquement *la* théorie des contrats administratifs telle que l'a formalisée Gaston JÈZE, cette approche historique présente une cohérence qui a d'ailleurs contribué à son succès. Son rythme est séduisant, d'autant qu'il répond parfaitement à cette idée que le droit administratif d'avant la Troisième République n'aurait toujours été qu'une gestation préparant l'épanouissement du début du XX^e siècle. Cette théorie est présentée comme l'une des floraisons intellectuelles du renouveau (doctrinal) de la Belle Époque. Néanmoins, en soulignant par trop l'originalité de la théorie de Gaston JÈZE, on néglige le fait que d'autres théories ont été développées concomitamment pour saisir autrement les contrats de l'administration.

2. Peut-on s'étonner qu'avant la théorie de Gaston JÈZE, il n'y eût aucune théorie analogue à celle-ci ? Si nous nous tournons vers le XIX^e siècle, y a-t-il quelques espoirs d'y trouver une semblable théorie, sinon une proto-théorie des contrats administratifs ? Devons-nous appliquer nos efforts à trouver quelques auteurs susceptibles d'être présentés non pas comme les initiateurs (ce rôle étant attribué à Gaston JÈZE), mais comme des préfigureurs ?⁸ c'est-à-dire des auteurs qui auraient formulé des intuitions avant que Gaston JÈZE ne les féconde. Il nous semble néanmoins que les administrativistes du XIX^e siècle ne peuvent être appréciés qu'à l'aune des problématiques auxquelles ils ont été confrontés. La théorie des contrats administratifs n'est pas un terme dont nous avons souhaité qu'il borne l'horizon de nos travaux. Bien au contraire, nous l'avons conçue comme un objet d'histoire parmi tant d'autres. Certainement, le XIX^e siècle n'a connu aucune théorisation des contrats administratifs, pas plus qu'un droit des contrats administratifs⁹. Et pourtant, les

⁷ BURDEAU François, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, P.U.F., 1995, p. 323.

⁸ C'est en ce sens que les travaux doctoraux du professeur TOUZEIL-DIVINA peuvent se lire – cf. spécialement : *Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCART (1799-1860)* (à paraître).

⁹ À cet égard, le professeur UBAUD-BERGERON développe un point de vue sensiblement différent de ses contemporains, en soulignant cette idée que l'absence d'un droit des contrats administratifs au XIX^e siècle n'implique pas nécessairement un désintérêt des administrativistes pour les contrats de l'administration (cf.

administrativistes d'alors n'ont pas manqué de traiter des contrats de l'administration – nécessairement d'une manière différente de la nôtre. Bon nombre ont employé l'expression « contrat administratif » au point de nous convaincre qu'elle fut d'un emploi usuel chez certains auteurs (à partir des années 1830). Il n'empêche que cette homonymie ne doit pas nous inciter à rapprocher leurs réflexions de celles qu'ont développées les administrativistes du premier XX^e siècle. L'histoire ne doit pas se cantonner à rechercher les prémices d'une doctrine donnée, en mobilisant dans le passé ce qui peut être présenté comme l'annonçant. C'est pourquoi nous nous sommes résolu à élargir le champ de nos investigations aux contrats de l'administration, en étudiant à leur propos tous les discours doctrinaux dont ils ont été l'objet. Prendre comme référence le « contrat administratif », le « concept » ou bien la « théorie » du contrat administratif, sinon le « droit » des contrats administratifs, c'est à chaque fois s'interdire d'être réceptif à propos de doctrines originales dont la valeur ne s'apprécie qu'à travers l'époque où elles ont été énoncées. À notre sens, l'histoire se rapproche du droit comparé en ce qu'elle implique le dépaysement. Nous n'avons pas souhaité conduire nos recherches suivant un point de fuite qui se fixerait sur la théorie de Gaston JÈZE. En quittant des rivages connus, nous ne voulions pas nous employer à projeter un regard qui reconnût partout des formes familières, là où au contraire il s'agit de se montrer sensible à des manières déconcertantes (pour notre regard contemporain) de penser les contrats de l'administration. Ainsi, notre propos n'est pas celui de découvrir quelques indices précurseurs de la théorie des contrats administratifs pour défendre *in fine* cette idée que sa formalisation eût été inexorable. Étudier la manière dont les administrativistes ont saisi les contrats de l'administration par leurs discours, c'est comprendre comment ces contrats ont été mis à contribution pour penser successivement le droit administratif depuis le début du XIX^e siècle. Souligner la manière dont ils ont été conçus selon les auteurs présente peu d'intérêt ; il faut encore rendre compte des préoccupations doctrinales au travers desquelles ils l'ont été. C'est pourquoi notre démarche n'est pas tant celle de réaliser des clichés pour chacune des époques étudiées, qu'elle ne tend à montrer les dynamiques du droit administratif auxquelles les contrats de l'administration se sont articulés *via* leurs mises en discours. Nous n'avons pas cru pertinent de nous poser la question : « *Comment les contrats administratifs ont-ils été définis depuis le XIX^e siècle* » ; mais plutôt celle-ci : « *À quelles occasions les administrativistes ont-ils traité des contrats de l'administration, et pour en dire quoi ?* ». Sans nous départir de la modestie qui sied à nos travaux, nous dirions que notre démarche s'inspire du regard oblique de Maurice HAURIOU dont le professeur MAZÈRES a explicité les caractères.

De son regard flou de myope, et pourtant si pénétrant, HAURIUO cherche à discerner ce qu'il y a derrière, c'est-à-dire ce qui génère, pour ne pas, comme les autres, « reléguer hors du droit les fondements du droit ». Le regard d'HAURIUO est celui qui se porte vers les fondements – oblique en ce qu'il est à la fois dans le monde du droit positif et au-delà de lui pour lui donner son sens ; ni devant ni derrière, mais les deux à la fois, avec cette volonté de la liaison, de la relation entre les choses et les êtres¹⁰.

Comprendre les contrats de l'administration, c'est prendre le droit administratif sous un aspect choisi, qui d'un terme vers un autre, communique une certaine représentation des choses en l'appliquant du simple au compliqué. C'est à cet égard que nous avons considéré avec attention les administrativistes du XIX^e siècle. C'est en cela que nos travaux nous paraissent pouvoir contribuer aux critiques dont la théorie des contrats administratifs fait aujourd'hui l'objet. À notre sens, celle-ci doit être – notamment – interrogée en considération des rapports par lesquels nous l'associons à notre compréhension du droit administratif. Avec toutes celles qui le composent, cette théorie n'en est pas une partie que l'on pourrait moduler sans que cela ne provoque quelques effets sur notre représentation du droit administratif. C'est pourquoi, afin d'apprécier la pertinence qu'elle revêt de nos jours, il peut être opportun d'appréhender sa genèse à l'aune des mutations qui ont traversé le droit administratif à cette époque. Nous nous accordons parfaitement avec le professeur PLESSIX suivant qui la théorie des contrats administratifs contribue à penser la *summa divisio* droit public/droit privé¹¹. À ce titre, elle est encore mise à contribution par les publicistes pour énoncer l'identité qui fonde l'autonomie de leur doctrine, vis-à-vis d'un droit privé à travers lequel rayonne la virtualité d'un droit commun. Il n'est pas fortuit que la théorisation des contrats administratifs ait été engagée par un fervent partisan de l'autonomie du droit public – en l'occurrence Gaston JÈZE –, dans la continuité immédiate de la Belle Époque qui vit la doctrine publiciste soucieuse de se distinguer de la doctrine privatiste. Plus encore, la théorie des contrats administratifs participe de la pédagogie du droit administratif dont elle est fermement solidaire depuis les années 1950. Embrasser l'histoire des contrats de l'administration depuis le début du XIX^e siècle, c'est montrer que sa formalisation n'a pas été inéluctable et, qu'en procédant d'une certaine époque, nous la conservons moins pour son réfléchissement fidèle du droit positif que parce qu'elle aide à nous représenter le droit administratif tel que nous l'admettons. En d'autres termes, une histoire des contrats de l'administration peut nous permettre de comprendre la théorie des contrats administratifs comme une entreprise doctrinale contingente de l'Entre-deux-guerres, afin de considérer pleinement les motifs de l'adhésion que nous lui conservons (et/ou des critiques que nous lui adressons).

¹⁰ MAZÈRES Jean-Arnaud, « HAURIUO ou le regard oblique », in [collectif], *Politique, communication et technologies : mélanges en hommage à Lucien SFEZ*, Paris, P.U.F., 2006, p. 45.

¹¹ PLESSIX Benoît, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », in *Revue de droit d'Assas* 2011, n° 4, p. 46.

3. Pour ce sujet comme pour un autre, la manière de poser les questions est plus importante encore que les réponses qui peuvent être proposées. D'où la nécessité de s'attarder en premier lieu sur la manière dont l'histoire des contrats administratifs est conçue depuis quelques années. C'est-à-dire à quels desseins doctrinaux elle s'articule (**paragraphe 1**). Ce faisant, nous expliciterons comment nous nous sommes posé les termes de notre sujet, en soulignant les difficultés auxquelles nous avons été confronté (**paragraphe 2**). Notre travail n'a pas été réalisé dans une tour d'ivoire, entrepris à partir de l'impensé par la seule force de notre esprit. Il doit être compris par rapport aux courants historiographiques du droit administratif, à partir desquels ils ont été pensés et vis-à-vis desquels ils se positionnent. En concevant que nous nous adressons à un lecteur contemporain, nous avons anticipé ses présupposés sur notre sujet afin de les confronter frontalement : nos propos n'ont pas été écrits sur une page blanche. Le plan n'aurait pas été celui que nous avons choisi si nous avions écrits à une autre époque. Quoi qu'il en soit, nous en profiterons pour nous situer à l'égard des nombreuses thèses (déjà réalisées ou en cours de préparation) qui orientent depuis une vingtaine d'années les réflexions doctrinales sur les contrats administratifs (**paragraphe 3**). Nous concluons en justifiant le titre de notre thèse, afin d'aider à la compréhension de notre plan (**paragraphe 4**).

Paragraphe premier. – Les difficultés méthodologiques d’une histoire affectée par les enjeux du droit contemporain

4. « *Une controverse d’un autre âge* »¹² ? Le débat lancinant de la nature du **contrat administratif**. – Le professeur GAUDEMET s’est interrogé sur les difficultés à penser une théorie *générale* des contrats administratifs¹³ ; une théorie qui « *rend[e] compte du passé, pour y intégrer le présent et y inscrire l’avenir* »¹⁴. Il estimait à ce propos que « *le contrat administratif n’est pas né contrat* »¹⁵ et qu’il résultait plutôt d’« *une sorte de dérivé, de bifurcation de l’acte unilatéral* »¹⁶.

[Le contrat administratif, au XIX^e siècle, aurait été avant tout] une procédure menée par l’administration et qui appelle, le moment venu, l’adhésion d’un entrepreneur, d’un fournisseur, d’un prestataire, lui-même conçu alors comme une sorte de collaborateur adhérent au marché de l’administration¹⁷.

D’ailleurs, ajoutait-il, « *on disputera assez tard de la vraie nature contractuelle... des contrats administratifs* »¹⁸. Seulement à partir de l’Entre-deux-guerres et spécialement sur l’exemple de la thèse de Georges PÉQUIGNOT (1945)¹⁹, suivie dans les années 1950 de nombreuses critiques²⁰. Comment comprendre ces propos du professeur GAUDEMET – déjà exprimés après l’adoption d’un nouveau code des marchés publics (décret du 7 janvier 2004)²¹ ? Cette appréhension d’un contrat administratif pris par

¹² GAUDEMET Yves, « Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005, n° 17, p. 91.

¹³ Le professeur GAUDEMET intervenait en ouverture d’un colloque organisé à l’université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense par le Centre de recherches sur le droit public (C.R.D.P.), sur le thème : *Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs* (2009).

¹⁴ GAUDEMET Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d’une entreprise nécessaire », in *R.D.P.* 2010, p. 313-314.

¹⁵ *Id.*, p. 315.

¹⁶ *Ibid.* *A pari* : BRENET François, « Les contrats administratifs », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice & YOLKA Philippe (dir.), *Traité droit administratif, op. cit.* (2011), t. 2, p. 219.

¹⁷ GAUDEMET Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d’une entreprise nécessaire », in *R.D.P.* 2010, p. 315-316.

¹⁸ *Id.*, p. 316.

¹⁹ Cf. PÉQUIGNOT Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Perpignan, Imprimerie du Midi, 1945 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier).

²⁰ Le professeur GAUDEMET fait implicitement référence à la recension que fit Gaston JÈZE de la thèse (précitée) de Georges PÉQUIGNOT (in *R.D.P.* 1945, p. 274), précédée d’une revue de jurisprudence spécialement désignée à son attention (*id.*, p. 251). Peu après, ce fut le professeur L’HUILIER qui défendit résolument la nature contractuelle du contrat administratif en en controversant les caractères les plus singuliers – savoir le pouvoir de modification unilatérale de l’administration contractante (« Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l’Administration ? », in *Dalloz* 1953, chron. p. 87). Il fut en cela suivi de plusieurs autres : les professeurs DUFAU (« Le pouvoir de modification unilatérale de l’administration et les contrats de concessions de service public », in *A.J.D.A.* 1955, I, p. 65), LAUBADÈRE (« Du pouvoir de l’administration d’imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », in *R.D.P.* 1954, p. 36) et – plus tardivement – BÉNOIT (« De l’inexistence d’un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », in *J.C.P.* 1963, I, 1775).

²¹ GAUDEMET Yves, « Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005, n° 17, p. 91.

l'unilatéralité de l'action administrative, est plus encore explicitée par le professeur TOUZEIL-DIVINA qui s'est appliqué à valoriser la doctrine du premier titulaire de la chaire de droit administratif de la faculté de Poitiers – le doyen FOUCART²². Pourtant, en se rapportant à l'un de ceux que nous nous désignons comme l'un des pères du droit administratif – le baron de CORMENIN –, nous constatons qu'il emploie « marché » comme synonyme de « contrat »²³. L'un de ses contemporains, l'avocat MACAREL ne s'y prend pas autrement²⁴. Que l'on ne se dise pas qu'ils fussent originaux dans cette opinion. Car si nous considérons le XIX^e siècle par ses extrémités, les administrativistes qui se succédèrent tout du long indiquent la même inclination. La question de la *nature des contrats administratifs* est tout au plus contemporaine des années 1920. Est-il pertinent de projeter en-deçà une combinaison binaire « acte unilatéral-contrat » dont il n'est pas sûr qu'elle orienta l'attention des administrativistes. En outre, cette idée d'après laquelle le contrat administratif n'est pas né contrat, est d'autant plus surprenante qu'elle contraste avec une évolution sur laquelle le professeur BRENET s'est attardé²⁵ : contrats administratifs et contrats privés convergeraient vers un modèle accusant tout à la fois la publicisation du droit civil des contrats et la privatisation du droit des contrats administratifs²⁶. Est-ce à dire que les doctrines privatiste et publiciste tendent à rapprocher leurs réflexions, tandis que les différences entre contrats administratifs et privés s'amenuisent ?

5. Affairés à la théorie des contrats (privés), les privatistes paraissent peu se soucier du droit administratif²⁷. De leur point de vue, celui-ci ne restera toujours qu'un droit récent, relégué dans l'ordre des préséances au second rang. Les contrats administratifs sont rarement évoqués en rapport avec le droit des obligations, sinon

²² Cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Le doyen FOUCART (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, 2007, 3 vol. (thèse dactylogr., université Panthéon-Assas).

²³ Cf. CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Ridler, 1822 (1^{re} éd., 2 vol.).

²⁴ Cf. MACAREL Louis-Antoine, *Elémens de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues, par le Conseil d'État, en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818 (2 vol.).

²⁵ BRENET François, *Recherches sur l'évolution des contrats administratifs*, 2002, 2 vol. (thèse dactylogr., université de Poitiers) & du même auteur : « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes » (*in A.J.D.A.* 2003, p. 919).

²⁶ Pour ne citer qu'un exemple d'une abondante littérature qui conçoit une convergence du droit des contrats privés et administratifs (à cet égard, plus volontiers désignés « contrats publics »), mentionnons un article du professeur DELVOLVÉ. Celui-ci résulte d'une contribution présentée lors d'un colloque organisé par le Centre de recherches critiques sur le droit, à l'université Jean-Monnet de Saint-Étienne (2009), dont le thème, précisément, posait la question de la *summa divisio* : « Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible ? » (*in* BONNET Baptiste & DEUMIER Pascale (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010, p. 257).

²⁷ Les contre-exemples sont rares. Citons à cet égard cet article du professeur (privatiste) SEUBE, écrit en hommage au professeur (publiciste) GUIBAL : « Contrats de droit privé – contrats administratifs : points de convergence ? » (*in* [collectif], *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006 (2 vol.), t. 1, p. 367).

allusivement au point de vue de la classification des contrats. Les études comparatives sont d'autant plus remarquées qu'elles sont exceptionnelles²⁸. En témoigne le professeur CHÉNÉDÉ d'après qui : « *S'il est classique, pour un publiciste, de s'interroger sur les emprunts du droit des contrats administratifs au droit privé des contrats, le travail en sens inverse n'a été que très rarement entrepris par les privatistes* »²⁹. Ce y compris lorsqu'il est question d'appréhender l'emprunte de l'unilatéralisme dans les relations de droit privé³⁰. Malgré la récurrence des critiques que les privatistes adressent à la théorie des contrats (privés), ces derniers associent rarement le droit administratif à leurs réflexions – ainsi qu'en témoignent les thèses des professeurs ROUHETTE³¹ et SAVAUX³² ; et plus récemment, celle de M^{me} CHERITAT³³. Le professeur GAUDEMET se l'expliquait – notamment – par cette raison : « *Le contrat administratif ne fait pas partie d'origine du monde du contrat ; même si les choses ont changé depuis* »³⁴. Peut-être bien que la récente réforme du droit des obligations (ordonnance du 10 février 2016) semble attester du contraire, en assimilant la théorie de l'imprévision *via* l'article 1195 du code civil. Pourtant, c'est au travers de leurs propres référents doctrinaux que les privatistes l'ont formellement intégrée à la théorie des contrats (privés)³⁵. Les réflexions portées sur le sens et la portée d'une théorie des contrats administratifs demeurent circonscrites à la doctrine administrative ; les enjeux qui y sont attachés lui sont propres et, si la théorie des contrats (privés) est souvent mobilisée comme référent, ce n'est toujours que pour discuter de l'autonomie du droit administratif. Il n'y est pas tant question de résoudre les disparités de la *summa divisio*, que de qualifier les spécificités du droit administratif. La privatisation des contrats administratifs n'est jamais qu'une manière de qualifier une évolution en des termes qui désignent des tensions propres au droit administratif. C'est par exemple ce qu'a explicité le

²⁸ Signalons à cet égard une initiative récente portée à favoriser des approches transversales entre droit public et droit privé, et prise par les professeurs BUY & DUBREUIL : « Regards croisés droit public/droit privé : qu'est-ce qu'une clause exorbitante de droit commun ? » (*in J.C.P. A.* 2014, n° 6, p. 2033) & « Regards croisés droit public/droit privé : théorie de l'imprévision, parle-t-on de la même chose ? » (*in J.C.P. A.* 2014, n° 43, p. 2295).

²⁹ CHÉNÉDÉ François, « Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle », *in A.J.D.A.* 2009, p. 923.

³⁰ Nous pensons à un colloque qui s'est tenu le 9 janvier 1998 et dont les actes ont été publiés dans l'ouvrage-ci : *L'unilatéralisme et le droit des obligations* (Paris, Economica, 1999) ; ainsi qu'à une thèse récemment soutenue – celle de Pierre LEMAY : *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme* (Paris, Mare & Martin, 2014 ; université Lille II).

³¹ ROUHETTE Georges, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, 1965 (thèse dactylogr., faculté de Paris).

³² SAVAUX Éric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, L.G.D.J., 1997 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas).

³³ CHERITAT Véronique, *Les modes d'évolution de la théorie générale du contrat*, 2004 (thèse dactylogr., université d'Orléans).

³⁴ GAUDEMET Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *in R.D.P.* 2010, p. 319.

³⁵ *A pari* ANTIPPAS Jérémie, « Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats. Réflexion sur l'identité contractuelle française », *in A.J.D.A.* 2016, p. 1620.

professeur HEPFFNER à propos d'une des singularités les plus emblématiques des contrats administratifs : leur mutabilité. Bouleversé par les principes de transparence et de libre concurrence, ce principe ne serait être appréhendé à l'aune d'une assimilation pure et simple du droit civil, tant il reste caractéristique du droit administratif³⁶. Cependant, la convergence du droit des contrats publics et privés se montre comme la nouvelle religion consacrée³⁷, que les hérétiques doivent souffrir en n'ayant d'autres espoirs que celui d'un mouvement de balancier – selon les termes du professeure PLESSIX³⁸. Ces divergences qui traversent de part en part la doctrine administrative sont du reste bien heureuses, car elles ne sont rien d'autres que l'écume d'une doctrine vive. Un discours doctrinal par trop univoque n'indiquerait jamais qu'une doctrine atone.

- 6. La mobilisation de l'histoire à une controverse contemporaine : une méthode historique desservie par ses usages.** – Les propos du professeur GAUDEMET attirent encore l'attention sur ce qu'ils disent de la manière dont l'histoire est employée pour apprécier les mutations contemporaines du droit administratif. Du reste, l'usage de celle-là présente de singulières différences selon les auteurs³⁹. Ceux pour qui l'autonomie du droit des contrats administratifs a été exagérée depuis le milieu du XX^e siècle, procèdent plus volontiers à des études du droit positif – l'histoire n'y est convoquée qu'accessoirement, seulement pour parfaire la cohérence de leurs démonstrations. À l'instar de la thèse de M^{me} MARCUS⁴⁰, ils poursuivent assez peu leurs travaux au-delà de Gaston JÈZE et Georges PÉQUIGNOT, c'est-à-dire au-delà des auteurs qui ont formellement élaboré une théorie du (ou des) contrat(s) administratif(s). En forçant le trait, celui-là serait comme le père « malgré lui » de cette théorie. À la suite de M. SALON⁴¹, il est entendu qu'il n'aurait jamais théoriser les contrats administratifs ; on lui crédite seulement le mérite d'avoir été le premier à avoir consacré un ouvrage spécial à ce sujet, organisé rationnellement autour de quelques principes matriciels – fussent-ils artificiellement dégagés. Quant à Georges PÉQUIGNOT, il est souvent présenté comme un prophète sans coreligionnaire (non sans raison). Il est néanmoins commode, car il incarne une thèse controversée (celle

³⁶ Cf. HEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, Paris, L.G.D.J., 2009 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas).

³⁷ Sans porter aucune appréciation dépréciative en parlant de « religion », nous signalons la thèse du professeur LOMBARD qui consacre de longs développements à justifier cette thèse : *La cause dans le contrat administratif*, Paris, Dalloz, 2008 (université Paul-Cézanne – Aix-Marseille III), p. 379 sq.

³⁸ Cf. PLESSIX Benoît, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », *in Revue de droit d'Assas* 2011, n° 4, p. 46.

³⁹ Nous renvoyons à l'article du professeur PLESSIX (cité dans la note précédente) pour le lecteur soucieux de se figurer les principaux acteurs qui se sont signalés dans ces réflexions.

⁴⁰ Cf. MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010 (université Panthéon-Assas).

⁴¹ Cf. SALON Georges, « Gaston JÈZE et la théorie générale des contrats administratifs », *in R.H.F.D.* 1991, p. 71.

d'après quoi le contrat administratif est un acte proprement administratif dont la nature contractuelle est obliérée). À ce point qu'en la personnifiant, il en facilite la critique. Lorsque les investigations remontent plus en avant dans le XIX^e siècle, les administrativistes sont – à notre sens – rapprochés entre eux sans méthode rigoureuse. Des citations sont confrontées à d'autres, chacune prise à la lettre et rarement mise en valeur d'après le contexte dont elles sont extraites. Face à ces auteurs qui émoissent la différence entre les contrats administratifs et privés, d'autres soutiennent, au contraire, cette idée que les origines historiques du contrat administratif lui conservent encore de nos jours un aspect irréductible, propre à rendre artificieuse sa confluence avec le contrat privé. Ce n'est pas que leurs travaux historiques soient plus nombreux, mais ils les conduisent avec plus de détermination. Ils montrent plus de circonspection lorsqu'ils déploient l'histoire au cœur de leur démonstration. Nous pensons à la thèse du professeur PLESSIX qui s'efforce de dénoncer l'idée suivant laquelle les administrativistes du XIX^e siècle auraient largement employé le droit civil pour penser les contrats administratifs. Car alors, « *il s'agit (...) non de créer de nouveaux emprunts, mais de détourner le sens d'emprunts déjà réalisés* », spécialement pour « *ébranler l'autonomie du droit administratif* »⁴².

Une certaine partie de la doctrine publiciste française tente aujourd'hui de démontrer que la matière contractuelle est et a toujours été le lieu privilégié d'un droit commun civil et administratif. Pour y parvenir, les anti-autonomistes utilisent un procédé rhétorique fort astucieux : au terme d'une démarche de comparaison, ils mettent en avant de troublantes similitudes entre droit administratif et droit civil afin d'ébranler le dogme de l'autonomie du droit des contrats administratifs⁴³.

Et de conclure à l'absence – pour le XIX^e siècle – d'une « *science du droit des contrats administratifs* ». Nous convenons avec lui qu'une telle science – comprise rigoureusement dans les termes où il l'évoque – n'est pas de mise à cette époque. Cela étant, il porte sur les publicistes de ce siècle une appréciation peu amène qui semble occulter ce qu'ils ont pensé de leur droit administratif et comment ils s'y sont pris pour se le représenter. Tandis que les tout premiers confèrent à l'histoire une valeur négligeable, les seconds l'investissent plus régulièrement et, ce faisant, se prêtent à davantage de critiques. La valorisation de l'histoire nous paraît se prêter à un sens que nous souhaitons discuter. Le XIX^e siècle y pâtit d'une déconsidération dont nous critiquons les présupposés. Car en l'investissant cependant, il s'en retrouve à autoriser des opinions étayées sur une approche dont nous pensons qu'elle est au moins partiellement biaisée. Avec toutes les précautions qui s'imposaient en contrevenant à cette idée que les administrativistes du XIX^e siècle n'ont rien entrepris d'édifiant, le professeur TOUZEIL-DIVINA s'est précisément choisi un sujet de thèse

⁴² PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 (université Panthéon-Assas), p. 692.

⁴³ *Id.*, p. 715.

propre à convaincre de ce que le droit administratif mérite des travaux historiques dont la réalisation puisse être utile à nos contemporains sans verser dans l'érudition. C'est cette aspiration qui l'a invité à critiquer une appréhension de l'histoire du droit administratif empruntée à Maurice HAURIOU⁴⁴. Tout aussi sensible à une historiographique critique⁴⁵, c'est une démarche similaire qui a motivé le professeur HALPÉRIN à faire réimprimer un article d'Édouard LABOULAYE, précédé d'un manifeste sur l'utilité de la méthode historique pour l'édification des sciences juridiques⁴⁶. En soi le professeur PLESSIX fut porté par des intentions analogues en dénonçant « *une réécriture de l'histoire du droit des contrats administratifs* »⁴⁷, destinée à convaincre que le droit civil a toujours été la matrice des contrats administratifs. Cependant, ses travaux paraissent caractériser une disposition d'esprit qui tend à limiter la portée du XIX^e siècle, sinon à l'appréhender suivant une méthode qui en rend la compréhension moins aisée. En outrant volontairement ses propos, ce siècle apparaît sous les traits d'un « *stupide XIX^e siècle* » – suivant les termes d'un essai de Léon DAUDET dont Julien BONNECASE s'empessa de récuser les excès⁴⁸. Que les administrativistes du XIX^e siècle n'aient formalisé aucune théorie qui s'apparente à la théorie des contrats administratifs est une chose – à laquelle d'ailleurs nous acquiesçons. Cela étant, cette période doit-elle s'apprécier d'un point de vue où nous y rechercherions seulement ce qui nous serait familier ? La méthode historique ne suppose-t-elle pas d'écarter le droit positif de telle sorte qu'il ne puisse être un horizon auquel les perspectives de recherche se rapporteraient sans laisser place au dépaysement ?

7. **Une histoire sans acteur, un passé sans intérêt : la doctrine administrative du XIX^e siècle reléguée aux catacombes.** – Le professeur PLESSIX a essentiellement cherché à réfuter une appréhension de l'histoire des contrats administratifs dont il pensait qu'elle était biaisée. Le cadre de ses recherches ainsi que les limites qui y sont inhérentes étaient indiqués par cette intention. En revanche, c'est d'après la même approche qu'une thèse a été proprement entreprise sur les origines historiques du concept de marché public⁴⁹. Tandis que la démarche historique est le principal mobile

⁴⁴ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Maurice HAURIOU, mystificateur ou héros mythifié ? », in [collectif], *Miscellanées Maurice HAURIOU*, Le Mans, Éditions l'Épilogue, 2013, p. 83.

⁴⁵ HALPÉRIN Jean-Louis, « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », in *Clio & Thémis. Revue électronique d'histoire du droit* 2012, n° 5.

⁴⁶ LABOULAYE Édouard, *De la méthode en jurisprudence et de son avenir* [1855], Paris, Dalloz, 2013 ; précédé d'un article du professeur HALPÉRIN : « De la méthode historique en sciences juridiques et de son avenir ».

⁴⁷ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit. (2003), p. 715 sq.

⁴⁸ BONNECASE Julien, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, Delmas, 1933 (2 vol.), t. 1, p. 163 sq.

⁴⁹ SARLANDIE DE LA ROBERTIE Aloys, *Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif (1789-1964)*, Villeneuve d'Ascq, Atelier nationale de reproduction des thèses, 2012 (université de

de ces travaux, son auteur – M. SARLANDIE DE LA ROBERTIE – n’envisage le XIX^e siècle qu’au travers d’un concept contemporain du premier XX^e siècle (le contrat administratif) dont pourtant la formalisation est contingente de l’Entre-deux-guerres. Les administrativistes du XIX^e siècle n’y sont appréciés qu’à l’aune de ce qu’ils sont censés avoir apportés à la conceptualisation du marché public. N’ont-ils pas seulement écrit pour leurs contemporains, sans être mus par cette hypothétique ambition de contribuer à la formalisation d’un concept dont ils ne pouvaient avoir aucune idée précise. Que l’on s’attarde sur la manière dont ces auteurs ont été convoqués par ceux même qui, dans le premier XX^e siècle, ont intentionnellement œuvré à la conceptualisation des contrats administratifs, c’est une approche qui, d’un point de vue historique, nous paraît tout à fait pertinente. Mais c’est une chose bien différente que celle consistant à supposer que les doctrines administratives du XIX^e siècle ne furent rien de plus qu’imparfaites et qu’elles se sont inscrites dans des efforts patients et laborieux, relevés par plusieurs générations d’administrativistes qui, jusqu’à celle de l’Entre-deux-guerres, n’ont jamais fait que tâtonner en confiant à leurs successeurs une œuvre à parfaire. Cette opinion, dont la thèse précitée nous montre qu’elle reste encore prégnante de nos jours, a été tout à la fois entérinée et exacerbée par le professeur BIENVENU, d’après qui : « *Avant les années 1880, on ne peut pas parler véritablement de doctrine à propos des auteurs qui ont écrit sur le droit administratif* »⁵⁰. Tout en empruntant aux travaux des professeurs PLESSIX et TOUZEIL-DIVINA, les travaux de M. SARLANDIE DE LA ROBERTIE accusent cette appréhension dont le propre est de rechercher en amont de Gaston JÈZE les prémices d’une théorisation des contrats administratifs, comme si nous devions nécessairement borner le champ des interrogations à ce postulat théorique. C’est d’après cette inclination que le professeur BIENVENU interpelle le lecteur : le vicomte de CORMENIN est peut-être remarquable par certains aspects, mais « *surtout que l’on n’y cherche pas ce qu’est un contrat administratif, il faut alors voyager parmi les articles [de ses *Questions de droit administratif*] : baux administratifs, marchés de fournitures, marchés de travaux publics et encore par le biais de la rubrique “travaux publics” et l’on y saisira que quelques fragments de régime, jamais une qualification solide* »⁵¹. Dans les ouvrages sur le droit des contrats administratifs, les administrativistes précédant Gaston JÈZE sont seulement mentionnés pour ce qu’ils n’ont pas réalisé : synthétiser les régimes juridiques des divers contrats de l’administration⁵². Des ouvrages fort disparates sont cités à ce propos sans qu’il ne

Perpignan).

⁵⁰ BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », in *Rev. adm.* 1997 (n° spécial), p. 13.

⁵¹ *Id.*, p. 14.

⁵² Nous pensons à ce titre à quatre ouvrages récemment publiés sur le droit des contrats administratifs, savoir ceux des professeurs GUETTIER (2011, 3^e éd.), RICHER (2016, 10^e éd.), YOLKA (2013), UBAUD-BERGERON (2015) et Hœpffner (2016). En substance et nonobstant les singularités propres à chacun de ces auteurs, voici ce qu’il s’y dit : au cours du XIX^e siècle, les administrativistes traitent des contrats de

soit tenu compte de leur destination, ni même des intentions de leurs auteurs. Un peu comme si dans plusieurs siècles, des historiens se penchaient sur notre doctrine en rapprochant à part égale un traité volumineux d'un mémento destiné aux étudiants.

8. À l'inverse de la thèse précitée qui n'est qu'une illustration topique d'un discours historique classique, nous préférons nous poser ces questions-ci : si les administrativistes du XIX^e siècle n'ont pas rapproché les contrats de l'administration au sein d'une théorie, qu'en ont-ils dit ? Ont-ils pu en traiter avec intelligence sans les appréhender au travers d'une théorie qui en soulignât l'unité ? Ont-ils pu penser les contrats de l'administration d'une manière différente de la nôtre, en sous-entendant qu'ils pussent être saisis par des préoccupations spécifiques ? Toutes ces interrogations convergent vers celle-ci : quels sont les ressorts de notre théorie des contrats administratifs ? Entreprendre des recherches historiques sur la manière dont les contrats de l'administration ont été appréhendés depuis le XIX^e siècle, c'est poser la contingence de notre théorie des contrats administratifs et se permettre d'en évaluer la valeur avec le plus de discernement possible. C'est renoncer à ce déterminisme d'après quoi cette théorie fut la consécration d'un progrès inexorable dont l'excellence ne put survenir qu'après plusieurs générations. En supposant la théorie des contrats administratifs comme une doctrine qui ne doit son existence qu'au fait que nous l'admettons comme telle, il sera plus commode d'en apprécier les ressorts et d'en discuter les fonctionnalités. Soyons sacrilège, non pas forcément pour l'abattre, mais aussi nous permettre d'en actualiser la valeur au travers d'une adhésion réitérée (ou pas !). C'est donc à l'historiciser que nous emploierons nos efforts. Notre thèse n'ambitionne qu'à être une contribution destinée à se ranger près de celles qui, avant la nôtre, ont discuté de la théorie des contrats administratifs. L'approche que nous souhaitons engager ne prétend pas se substituer à celle qui est ordinairement retenue, comme si elle devait être plus réfléchie. Seulement, en nous essayant à penser différemment l'histoire des contrats de l'administration, nous sommes mû par cette conviction que la diversité des perspectives – inégalement abouties par la force des choses – restera toujours salutaire pour une doctrine dont l'une des raisons d'être est d'organiser un champ discursif de la contradiction.

l'administration, mais sans méthode, c'est-à-dire sans se soucier de les appréhender rationnellement ; dans les premières décennies du XX^e siècle, la jurisprudence administrative dégaga les linéaments d'une théorie des contrats administratifs ; ensuite, dans l'Entre-deux-guerres, Gaston JÈZE la synthétisa dans un traité théorique pour nous la livrer sous une forme que nous avons conservé à peu près, par l'intermédiaire d'André de LAUBADÈRE. Si l'ouvrage du professeur LICHÈRE (2014, 2^e éd.) ignore cet aspect des choses, cela s'explique facilement par son format – il s'agit d'un mémento. En outre, il faut indiquer que le professeur UBAUD-BERGERON exprime pour sa part une opinion plus soucieuse d'expliquer la démarche doctrinale des administrativistes du XIX^e siècle.

9. Les contrats administratifs saisis par l'histoire : mais pour quelle histoire ? –

Les études historiques sur les contrats administratifs sont si peu nombreuses qu'il est aisé d'en faire la recension. Si l'on peut rapporter quelques articles épars⁵³, c'est surtout à partir des années 1980 que des travaux substantiels ont été entrepris. La thèse précitée de M. SARLANDIE DE LA ROBERTIE est remarquable en ce qu'elle est la première consacrée à la conceptualisation d'un contrat administratif – le marché public. Du reste, il consacre de longs développements à la théorisation des contrats administratifs. Les thèses du professeur MONNIER⁵⁴ et de M. BEZANÇON⁵⁵ saisissent l'un les marchés de travaux publics, l'autre les contrats de travaux et de services publics. Aussi portent-elles sur le(s) régime(s) juridiques(s) afférent(s) à ces contrats – ce en privilégiant une histoire de l'administration⁵⁶. Pour sa part, le professeur MESTRE traite – dans sa propre thèse – des contrats des communautés de Provence sous un angle propre à démontrer l'existence d'un droit administratif sous l'Ancien Régime⁵⁷. On peut encore rapprocher la thèse du professeur KALFLÈCHE, quoiqu'il insiste davantage sur le droit contemporain des marchés publics⁵⁸. D'autres ont abordé les contrats de l'administration du point de vue de l'histoire du droit administratif et de la doctrine administrative. Sans les considérer en propre, ces auteurs en ont traité par le biais d'un sujet contigu : la notion d'administration publique pour le professeur GUGLIELMI⁵⁹ ; l'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif pour le professeur PLESSIX⁶⁰ ; l'analyse de la doctrine du doyen FOUCART pour le professeur TOUZEIL-DIVINA⁶¹. Le premier et le dernier des trois mirent en exergue le soin pris par certains administrativistes à retrancher certains contrats de l'administration pour en souligner la singularité. Ainsi,

⁵³ Cf. par exemple cet article de Gabriel LEPOINTE : « L'histoire des marchés de l'État en France » (*in* [collectif], *Les marchés publics et leur financement*, Paris, Dalloz, 1963, p. 13).

⁵⁴ MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 1984 (université Paris II).

⁵⁵ BEZANÇON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, L.G.D.J., 1999 (université Paris XII).

⁵⁶ Nous rapprochons des deux thèses précédemment rapportées, celles – moins souvent mises en avant – de Jean-François CLAVERIE (*Les marchés de fournitures et de travaux dans la marine royale au XVIII^e siècle (port de Rochefort)*, 1996) ; d'Emmanuel ROUX (*La jurisprudence du Conseil d'État en matière de contrat sous le Second Empire : l'exemple du marché de travaux publics*, 1996) ; d'Anne-Sophie CONDETTE-MARCANT (*Le droit des travaux publics dans la généralité d'Amiens au XVIII^e siècle*, 1997) ; de David PICARD (*Contribution à l'histoire du droit des concessions de travail public : une opération d'aménagement du territoire dans la généralité d'Amiens (1725-1747)*, 2006) & de Raphaëlle GATINEAU (*Les travaux publics à Chartres à la fin du XVIII^e et au XIX^e siècle*, 2013).

⁵⁷ MESTRE Jean-Louis, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, L.G.D.J., 1976 (université de Toulouse), p. 109 sq.

⁵⁸ KALFLÈCHE Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, 2004 (thèse dactylogr., université Panthéon-Assas).

⁵⁹ GUGLIELMI Gilles-J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt CADOT (1789-1889)*, Paris, L.G.D.J., 1991 (université Panthéon-Sorbonne).

⁶⁰ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.* (2003).

⁶¹ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Le doyen FOUCART (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, *op. cit.* (2007).

le professeur GUGLIELMI explicita les fonctionnalités que les administrativistes assignèrent à la notion d'administration publique, en la rapportant notamment aux contrats. Par son biais, ceux-ci formalisèrent un régime juridique spécial à certains contrats pour contraindre l'interventionnisme public dans certaines limites. Quant au professeur TOUZEIL-DIVINA, ses efforts se portèrent à démontrer que certains administrativistes – le doyen FOUCART en premier lieu – appréhendèrent les contrats de l'administration avec une intelligence qui leur fit voir l'irréductibilité de certains d'entre eux aux contrats du code civil. Celui-là parle à cet égard d'une primo-théorie des contrats administratifs. Enfin, le professeur PLESSIX – nous l'avons déjà indiqué – traite de la science du droit des contrats administratifs pour dénoncer l'histoire mystificatrice que défendent certains de nos contemporains⁶². Ce faisant, il en vient à douter que les contrats de l'administration puissent avoir été l'objet d'une théorie quelconque jusqu'à l'œuvre décisive de Gaston JÈZE.

10. Le professeur PLESSIX a appliqué son attention à la recherche d'une « *science du droit des contrats administratifs* ». La difficulté dans cette approche tient à l'objet de recherche – le « contrat administratif » – qui est trop connoté. La locution même renvoie spontanément au concept tel que nous l'admettons aujourd'hui : c'est-à-dire un contrat dont le genre le distingue des contrats privés. Celle qui est employée dans le XIX^e siècle n'est pas sans prêter quelques analogies avec le sens que nous lui désignons aujourd'hui. Pourtant, sa signification est foncièrement différente. Ce qui nous importe, c'est moins la surface de la définition que les ressorts de son application. C'est-à-dire les mobiles qui ont incité tel auteur à l'employer ; les fonctionnalités qu'il lui a conférées ; les valeurs qui se sont créées au travers d'associations réalisées avec des locutions (concepts) contigües, *etc.* Autrement dit, il faut craindre un anachronisme qui conduirait à comprendre des auteurs du XIX^e siècle suivant des préoccupations qui nous sont contemporaines et que l'on supposerait immanentes à toute représentation du droit administratif. Il y a plus encore à redouter : c'est d'être en mal de penser la contingence du concept de contrat administratif⁶³. En le constituant comme objet principal, le cadre des recherches est

⁶² Avant ses travaux doctoraux, le professeur PLESSIX consacra son mémoire de D.E.A. à l'appréhension des contrats de l'administration par la doctrine publiciste du XIX^e siècle : *Le droit des contrats administratifs dans les œuvres de la doctrine publiciste*, 1996 (mémoire dactylogr., université Panthéon-Assas ; conservé au C.T.L.E.S.).

⁶³ Nous stipulons que nous ne ferons aucune différence entre « notion » et « concept ». D'une part, leur distinction peut être conçue de différentes manières – selon, notamment, que l'on en adopte une définition kantienne ou hégélienne. Dans la mesure où le choix pour l'une ou l'autre option implique des conséquences théoriques sans incidence sur notre propos, nous avons décidé de prendre les deux termes pour synonyme. Ou plutôt, nous n'emploierons que le terme « concept », dans le sens d'une expression linguistique conçue pour signifier une réalité plurielle, rapprochée en certains de ses éléments au travers d'un prisme qualifiant. D'autre part, nous avons pris soin de n'utiliser ce terme qu'afin de désigner le concept de contrat administratif, tel que certains administrativistes l'ont formalisé dans l'Entre-deux-

défini de telle sorte qu'il exclut tout ce qui y serait hétérogène, au point de faire voir le contrat administratif comme un concept nécessaire que nos conclusions viendraient opportunément confirmer. De même, envisager le « *droit des contrats administratifs* », c'est supposer *un* droit dont la cohérence fut constituée par le concept de contrat administratif. Pour le dire autrement, c'est supposer que le contrat administratif puisse donner sens aux normes qui s'y rapportent et leur conférer une cohésion exclusive de toute autre représentation. Ces postulats méthodologiques emporteraient autant de déterminismes dont l'on doit craindre qu'ils ne restreignent nos travaux. Nombre de nos contemporains ont rapporté au sujet des administrativistes du XIX^e siècle qu'ils ont envisagé les contrats de l'administration séparément les uns des autres. Nous y souscrivons parfaitement. Toutefois, l'on doit envisager que cette inclination ne fut pas commandée par une impuissance à formaliser à leur égard une théorie. Ils y ont appliqué une intelligence différente de la nôtre. En recherchant *les origines* du concept de contrat administratif, nous nous empêchons de comprendre comment les contrats de l'administration ont été appréhendés avant qu'un tel concept ne fût formalisé. C'est pourquoi nous préférons nous donner un objet d'étude dont les termes ne risquent pas de charrier des présupposés théoriques qui orienteraient nos conclusions à notre insu. Si nous insistons sur la thèse du professeur PLESSIX, nous adressons des critiques analogues à celle du professeur TOUZEIL-DIVINA. La doctrine du doyen FOUCART y est interrogée à l'aide du concept moderne de « contrat administratif ». Ainsi, son originalité est mise en exergue à l'aide d'un système conceptuel emprunté à notre culture juridique contemporaine. Cela étant, la démarche du professeur TOUZEIL-DIVINA – à l'instar du professeur PLESSIX d'ailleurs – ne fut pas d'entreprendre une histoire des contrats administratifs. Celui-là a souhaité convaincre de ce que le doyen FOUCART fut un véritable théoricien, sinon un primo-théoricien du droit public. Pour notre part, il n'est pas question de revendiquer une méthode qui soit plus efficiente que celles de ces deux auteurs, mais de signaler que la nôtre diffère de la leur – autant par la manière personnelle d'aborder l'histoire du droit administratif, que par le sujet que nous nous sommes donné.

guerres. Afin de ne pas cautionner cette idée que le Conseil d'État initia une pareille conceptualisation au cours de la Belle Époque ; afin – de surcroît – de ne pas faire accroire que les administrativistes du XIX^e siècle participèrent à une primo-conceptualisation en empruntant pourtant l'expression « contrat administratif », nous avons réservé l'expression « concept de contrat administratif » à l'étude de la doctrine administrative de l'Entre-deux-guerres. Ce pour désigner la représentation doctrinale d'un contrat aux caractères spécifiques dont la qualification emporte l'application d'un régime juridique singulier et autonome par rapport au droit privé. Cf. les trois articles suivants : – BÉNOIT Francis-Paul, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », *in* [collectif], *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave PEISER : droit public*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 23 ; – BIOY Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », *in* TUSSEAU Guillaume (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, 2009, p. 21 ; – PIC Elsa, « Faire de la terminologie en droit ? », *in* *Cahiers du C.I.E.L.* (Centre interlangue d'études en lexicologie) 2007-2008, p. 57 (disponible sur Internet).

Paragraphe 2. – Pour une histoire *doctrinale* d'une *mise en discours* des *contrats de l'administration*

11. Promotion d'une méthode. 1. – Une histoire des *contrats de l'administration*.

– Nous nous sommes efforcé de choisir un objet dont les contours n'assimileraient pas des *a priori* qui, précisément, seraient de nature à affecter notre appréciation des choses. Nous souhaitons historiciser la théorie des contrats administratifs en explicitant les conditions de sa genèse plutôt que de la penser comme immanente au droit administratif et révélée par les efforts patients de quelques administrativistes. Aussi nous appliquerons-nous à travailler sur les *contrats de l'administration* sans restriction. C'est-à-dire ceux de l'État et des institutions qui lui furent rapprochés : départements, communes et établissements publics. Si nos travaux s'appliqueront à quelques-uns d'entre eux selon les époques considérées, c'est parce que notre approche méthodologique nous y a conduit⁶⁴. De la sorte, nous espérons être à même de discerner comment ils furent pensés, notamment en dégageant les préoccupations qui y ont été sous-jacentes. Nous ne nous faisons pas d'illusion sur le fait qu'une telle résolution est, elle-même, le vecteur de certains *a priori*. Cette approche ne laisse d'en exclure d'autres qui saisiraient les contrats de l'administration par d'autres biais. Une thèse qui aurait traité du sujet au travers de la science administrative aurait peut-être préféré une perspective différente qui fût propre à saisir l'articulation, la complémentarité voire la gradation des procédés juridiques grâce auxquels l'action administrative était mise en mouvement. Pertinent à un certain point de vue, notre démarche ne le serait probablement pas si nous avions voulu expliciter le fait qu'il n'y eut pas tant une opposition entre deux modèles d'intervention (le contrat et l'acte unilatéral), qu'une panoplie diversifiée de modes d'action. Si ces aspects affleureront ponctuellement dans nos développements, nous insisterons surtout sur les relations proprement contractuelles de l'administration, pour faire voir les tenants et les aboutissants des doctrines juridiques qui les ont saisies. En d'autres termes, se désigner les contrats de l'administration comme objet d'étude n'est pas anodin. Cela oblique déjà les perspectives par lesquelles se déploieront nos analyses. En nous adossant au contrat, nous nous prêtons à mettre en valeur *un* genre de discours – un discours spécialement juridique.

12. Promotion d'une méthode. 2. – Une histoire *de la mise en discours* des *contrats de l'administration*. – Subrepticement, nous indiquons qu'il ne sera pas tant question d'une histoire normative des contrats de l'administration. Nous ne nous efforcerons pas à rendre compte de ces contrats pour ce qu'ils ont été, afin de privilégier au contraire ce qu'il s'en est dit. Il est question non pas tant d'apprécier les

⁶⁴ Dans le §.26 de cette introduction, nous précisons les choix que nous avons dû faire en les justifiant.

normes en tant que telles – cela a déjà été entrepris par exemple par la thèse précitée de M. BEZANÇON –, mais d'examiner comment elles furent appréhendées par les administrativistes. Ce choix procède en partie des préventions déployées pour, qu'entre autres critiques, l'on ne puisse nous faire le reproche d'anachronisme (autant qu'il nous est possible de nous en garder). Comprendre une norme, c'est lui assigner une interprétation parmi plusieurs ; c'est en choisir une à l'exclusion d'autres. À notre sens, entreprendre une histoire essentiellement étayée sur la jurisprudence administrative, c'est prendre le risque de la comprendre d'une autre manière que ses contemporains. Aussi nous attarderons-nous sur ce que les juristes ont souhaité dire en traitant des contrats de l'administration, en soulignant ce faisant les motifs qui les y ont poussé. Lorsque, par exemple, nous convoquerons la jurisprudence, ce sera toujours à travers la compréhension qu'en ont eut les contemporains ou leurs successeurs. Nous ne pensons pas que l'on puisse écrire sur le droit sans y être conduit par certaines préoccupations qui déterminent la manière dont nous nous y prenons. Nous avons toujours supposé que ceux qui ont parlé des contrats de l'administration (et nous ajouterons, ceux qui, dans des contextes analogues, n'en ont pas parlé) y ont été résolus par quelques motifs délibérés. L'acte d'écriture n'est à notre sens pas anodin ; on ne publie pas pour se lire soi-même. La rencontre avec un lectorat implique pour l'auteur une certaine démarche qui modélise son discours sur le droit (les éditeurs s'en assurent). Ne pas tenir compte de cette relation entre l'auteur et le lecteur (médiatisée par l'éditeur), c'est s'interdire de comprendre à quels propos les contrats de l'administration ont été saisis par les administrativistes. C'est se risquer à n'entreprendre qu'une histoire décontextualisée – une histoire dévoyée, propre à réfléchir des préoccupations personnelles à l'historien, lequel convoquerait les auteurs du passé pour leur attribuer un propos qui ne serait pas le leur. C'est pourquoi nos efforts se fixeront sur les discours *juridiques*, c'est-à-dire sur les discours afférents au droit et qui, en s'y rapportant, ont été conçus pour le déterminer. Il ne s'agira pas d'analyser ce que telle ou telle norme (textuelle ou prétorienne) a pu vouloir dire, mais ce qu'elle a pu signifier pour les contemporains qui l'ont réceptionnée ou, encore, pour leurs successeurs qui en ont actualisé (ou critiqué) la valeur. En ce sens, notre démarche emprunte à l'épistémologie du savoir des juristes, telle que le professeur ATIAS l'a définie⁶⁵. Pour ce faire, nous tiendrons grand cas des modalités d'énonciation employées par les discours retenus à notre attention, afin de ne pas en rester à ce qu'a pu dire tel ou tel auteur, mais d'analyser jusqu'aux motifs

⁶⁵ Outre cet article du professeur ATIAS : « Progrès du droit et progrès de la science du droit » (*in* R.T.D. *civ.* 1983, p. 692), voir du même auteur ces deux ouvrages : *Science des légistes, savoir des juristes* (Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993 (3^e éd.)) et *Épistémologie juridique* (Paris, Dalloz, 2002). *Comp.* TERRÉ François, « La doctrine de la doctrine », *in* [collectif], *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, Paris, Dalloz, 2006, p. 59 & BOUDOT Michel, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta-...-juridiques », *in* *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2007, n° 2, p. 35.

qui les ont décidé à traiter des contrats de l'administration. Ce qui nous importe, c'est moins la surface des assertions que les tréfonds des discours où s'y noue une relation entre les propos auxquels les contrats de l'administration sont attirés, et la manière dont cette attraction détermine l'appréciation portée sur ces contrats. C'est pourquoi nos travaux tendent à réaliser non pas une histoire des contrats de l'administration, mais celle de leur *mise en discours*. Par cette expression, nous souhaitons souligner le fait que les administrativistes n'ont pas recueilli les contrats de l'administration, comme si leur sens fut donné en soi et qu'il ne manquait plus que de les organiser au sein d'une théorie quelconque. En parlant de *mise en discours*, il est question d'assumer une démarche consistant à montrer que les administrativistes ont mis en valeur les contrats de l'administration sous tel ou tel aspect, suivant les problématiques qui les ont amenés à en parler. C'est pour étayer une certaine représentation de l'administration ou du droit administratif qu'ils ont – toute époque confondue – caractérisé ces contrats. Toutes les appréciations faites à leur endroit sont connotées suivant les préoccupations respectives des auteurs. C'est ce qu'il s'agira précisément d'explicitier. Faire l'histoire doctrinale des contrats de l'administration conduit nécessairement à aborder celle du droit administratif par certains biais. En supposant que les administrativistes qui ont traité des contrats l'ont fait intentionnellement, sans jamais y être contraints, nous rechercherons pourquoi et comment ils s'y sont pris. C'est en ce sens que nous revendiquons l'expression « mise en discours », sans nous rattacher du reste à quelques théories sémiologiques particulières. Pour admettre notre théorie des contrats administratifs non comme un dogme, mais comme une doctrine sur laquelle la critique puisse avoir prise, il est nécessaire de considérer ses présupposés, lesquels sont solidaires d'une représentation orientée du droit administratif. En poussant nos recherches historiques au-delà du moment de sa genèse, nous nous exercerons à discerner les propos auxquels les contrats de l'administration se sont prêtés. Ce dépaysement ne sera peut-être pas inutile pour reconsidérer des aspects occultés depuis la configuration de notre théorie des contrats administratifs.

13. **Promotion d'une méthode. 3. – Une histoire des contrats de l'administration au travers des *discours doctrinaux*.** – Notre examen ne portera pas sur tous les types de discours auxquels les contrats de l'administration ont été attirés. Auquel cas nous pousserions nos recherches jusqu'à des confins sans cesse repoussés. Nous avons déjà indiqué que nos efforts s'appliqueront aux discours afférents au droit. Il n'est pas question de nous enfermer dans un cadre trop restreint. Une méthode doit permettre de guider les recherches sans la river à un champ trop spécifique qui nous interdirait de rendre compte de l'inconnu. C'est pour assurer une cohérence à nos travaux que nous en délimitons les contours aux discours qui, en participant d'un même champ discursif, puissent être rapprochés les uns des autres. À ce titre, nous

avons circonscrit notre étude aux discours qui nous permettent de désigner une littérature *doctrinale*. Non pas les énoncés normatifs, savoir les lois, les actes prescriptifs de l'administration et les décisions de justice. Mais plutôt les discours dont le seul fait d'existence est leur médiatisation par l'édition juridique, et dont l'autorité découle moins d'une sanction institutionnalisée que d'une reconnaissance par les contemporains de l'auteur. C'est-à-dire par la réception qu'ils en firent et l'influence que les générations ultérieures leur conférèrent en actualisant la valeur. En paraphrasant le professeur PICARD⁶⁶, nous dirions que la *doctrine* est *fondamentalement fiduciaire*, en ce sens que la valeur des opinions doctrinales n'est toujours que celle que leur reconnaissent ceux qui contribuent à leur circulation. Cette autorité *doctrinale* procède *in fine* par réfléchissement, par le fait qu'un discours est agrégé à des réseaux discursifs (dont les catalogues de librairie aident à se faire une idée) par le biais desquels les discours, en circulant, deviennent des référents différemment pondérés – pour être critiqués, confrontés, rapportés, assimilés, *etc.* Ces réseaux sont ceux qui par le biais de l'édition juridique, identifient une économie de la pensée juridique plus ou moins dynamique⁶⁷, où la relation auteur-lecteur est un modèle qui n'est pas toujours clivé. Ainsi peut-on distinguer plusieurs catégories de lectorat : universitaires, étudiants, praticiens, publicistes, *etc.* ; lorsque ces catégories ne s'entremêlent pas à propos d'un même genre littéraire⁶⁸. En outre, ce que nous désignons par « discours doctrinaux » ne recouvre pas la même chose selon les époques considérées. Les réflexions dont la doctrine juridique fait aujourd'hui l'objet⁶⁹ ne nous paraissent pas tout à fait appropriées pour servir à des travaux

⁶⁶ PICARD Étienne, « “Science du droit” ou “doctrine juridique” », in [collectif], *Mélanges en hommage à Roland DRAGO : l'unité du Droit*, Paris, Economica, 1996, p. 119, spéc. p. 158.

⁶⁷ En ce sens (à propos de l'édition juridique contemporaine), cf. BÉGUIN Jacques, « L'éditeur juridique, intermédiaire entre auteurs et lecteurs », in [collectif], *Études offertes au doyen Philippe SIMLER*, *op. cit.* (2006), p. 3.

⁶⁸ Les études sur ce qu'il est convenu d'appeler les « genres littéraires » se sont développées avec l'essor d'une histoire de la littérature juridique et des discours juridiques dont rendent compte le professeur HAKIM et M^{me} CHERFOUH : « L'histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion » (in ALTEROCHE Bernard (d') & KRYNEN Jacques (dir.), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 127-128). De tels travaux viennent plus systématiquement accompagner les réflexions engagées sur la doctrine, comme en témoignent l'ouvrage des professeurs JAMIN & JESTAZ : *La doctrine* (Paris, Dalloz, 2004, p. 184 *sq.*) ; – et l'article du professeur HAKIM : « Les genres doctrinaux » (in [collectif], *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010, p. 147). Pour se représenter l'intérêt croissant dont bénéficient les supports éditoriaux de la doctrine juridique, il faut encore mentionner les journées organisées par l'institut *Dogma* sur le thème « Genres littéraires des juristes et nature du droit », dont certaines allocutions sont reproduites dans la *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique* (n° 31 à 33) ; – ainsi que les actes d'un colloque qui s'est tenu à l'université Paris-Descartes (2013) : *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire* (Paris, L.G.D.J., 2014).

⁶⁹ Nous pensons en particulier à l'article du professeur MILLARD : « Ce que “doctrine” veut dire » (in [collectif], *La doctrine en droit administratif*, *op. cit.* (2010), p. 3), ainsi qu'aux autres contenus dans le même ouvrage ; – à l'article du professeur PICARD : « “Science du droit” ou “doctrine juridique” » (in [collectif], *Mélanges en hommage à Roland DRAGO : l'unité du Droit*, *op. cit.* (1996), p. 119) ; – ainsi qu'à cet ouvrage dirigé par le professeur KOUBI : *Doctrines et doctrine en droit public* (Toulouse, Presses de l'université des sciences

historiques qui, en se portant sur des époques différentes les unes des autres, n'offrent pas à voir une doctrine dont les caractères fussent similaires. Ainsi que le fit remarquer le professeur TOUZEIL-DIVINA⁷⁰, la littérature *doctrinale* du XIX^e siècle est plus volontiers destinée aux praticiens, d'après des raisons qui trouvent à s'expliquer à travers une histoire de l'édition juridique⁷¹. C'est d'ailleurs à l'un de ces praticiens que le professeur PLESSIX a fait hommage en soulignant sa contribution au droit administratif : l'avocat aux Conseils DARESTE⁷². L'hégémonie universitaire que nous connaissons aujourd'hui pour la doctrine juridique ne s'est progressivement imposée qu'à partir de la fin du XIX^e siècle⁷³, si bien que le rapport s'est inversé rapidement dans le premier XX^e siècle. Les ouvrages de praticiens, écrits pour des praticiens, se sont faits beaucoup plus rares, nous obligeant à porter sur la littérature administrative une appréciation différente qui tienne compte de sa destination, celle-ci rétroagissant sur le modèle des ouvrages considérés⁷⁴.

14. La doctrine administrative contemporaine est surtout questionnée à travers les relations qui rapprochent l'Université du Conseil d'État – et dans une moindre mesure des avocats (aux Conseils le plus souvent)⁷⁵. La thèse du professeur DEGUERGUE en est une illustration topique⁷⁶. Plusieurs des études historiques dont la doctrine administrative a pu faire l'objet témoignent de cette perspective qui, pourtant, dénotent de préoccupations contemporaines du XX^e siècle – que la doctrine administrative soit dévalorisée, au motif que la jurisprudence administrative du XIX^e siècle s'est tardivement développée dans la seconde moitié de ce siècle⁷⁷ ; ou

sociales de Toulouse, 1997). *Comp.* DOAT Mathieu, « L'ordre du discours doctrinal » (*in* [collectif], *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud MAZÈRES*, Paris, Litec, 2008, p. 275).

⁷⁰ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880. Éléments de patristique administrative*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2009, p. 10-13.

⁷¹ Cf. par exemple les travaux édifians du professeur MOLLIER, notamment cet article : « Éditer le droit après la Révolution française » (*in* MELLOTT Jean-Dominique (dir.), *Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen Âge à nos jours*, Genève, Droz, 2005, p. 137).

⁷² PLESSIX Benoît, « Rodolphe DARESTE ou le droit administratif vu par un avocat aux Conseils érudit au XIX^e siècle », *in* R.H.F.D. 2004, p. 65.

⁷³ Cf. à ce sujet l'ouvrage des professeurs HAKIM & MELLERAY : *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle* (Paris, Dalloz, 2009) ; – le n° 29 de la revue *Mil neuf cent* (2011) consacré au thème suivant : *La Belle Époque des juristes. Enseigner le droit dans la République* ; – ainsi que l'ouvrage des professeurs AUDREN & HALPÉRIN : *La culture juridique française : entre mythes et réalités (XIX^e et XX^e siècles)* (Paris, C.N.R.S. éditions, 2013).

⁷⁴ Ces évolutions ne sont pas univoques. Récemment, le professeur TRUCHET notait la prédominance du lectorat praticien dans l'édition juridique, avec les répercussions que cela impliquait dans les orientations prises par la doctrine juridique (« Quelques remarques sur la doctrine en droit administratif », *in* [collectif], *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 774).

⁷⁵ La revue *Droits* y a consacré un numéro en 1994 (n° 20), la *Revue administrative* en 1997 (n° spécial) et 2001 (pour la célébration du deuxième centenaire du Conseil d'État).

⁷⁶ DEGUERGUE Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994 (université Panthéon-Sorbonne).

⁷⁷ Cf. BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », *in* *Rev. adm.* 1997 (n° spécial), p. 13 & PACTEAU Bernard, « La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif », *in* HECQUARD-

bien qu'elle soit confrontée à son homologue privatiste, dans un vis-à-vis qui n'a pas été forcément signifiant au XIX^e siècle, sinon pas en ces termes⁷⁸. Nos travaux s'inscrivent dans le sillage de la thèse du professeur TOUZEIL-DIVINA qui s'est attaché à démontrer que le droit administratif n'est pas « *le résultat d'une génération spontanée* »⁷⁹, amorcée par le président LAFERRIÈRE. Si celui-là a amplifié un courant historiographique plus qu'il ne l'a initié⁸⁰, nous souhaitons poursuivre la fécondité de cette hypothèse. C'est pourquoi nous nous sommes donné une définition latitudinaire de la doctrine, pour ne pas projeter sur les administrativistes du XIX^e siècle des interrogations qui auraient été problématisées pour notre siècle⁸¹. Nous avons délibérément décadre notre attention sur les supports médiatiques qui ont véhiculé les discours tenus sur le droit administratif. À cet égard, nous rapprochons souvent les termes « doctrine » et « littérature ». Et lorsque nous employons l'expression « doctrine administrative » dans un sens organique, c'est pour désigner tous ceux qui, indépendamment de leurs qualités, ont participé à un titre ou à un autre à la mise en discours du droit administratif. Ce point de vue présente l'avantage de ne pas poser le mot « doctrine » en termes de sources du droit – problématique qui a surgi à partir de la fin du XIX^e siècle –, mais plutôt en termes d'expression littéraire. En outre, il nous semble plus approprié pour embrasser des sources historiques disparates, sans les hiérarchiser suivant une échelle de valeurs anachronique. Des ouvrages praticiens jusqu'aux ouvrages savants ; des thèses de doctorat jusqu'aux articles de périodiques juridiques ; des débats parlementaires jusqu'aux conclusions des commissaires du gouvernement du Conseil d'État.

15. Présentation des sources employées ; précisions sur les littératures doctorale et camérale. – En entreprenant une histoire *doctrinale* des contrats de l'administration, nous nous sommes essentiellement attaché à la littérature administrative – qu'elle soit universitaire ou praticienne, sans négliger non plus ce que le professeur BIENVENU a appelé la « *doctrine organique* »⁸². Nous avons consacré de

THÉRON Maryvonne (dir.), *Les facultés de droit, inspiratrice du droit ?*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 83.

⁷⁸ Cf. DUBOIS DE CARRATIER Laurent, « L'influence de la culture privatiste sur la doctrine administrative au XIX^e siècle », in *Droit écrit : revue de la faculté de droit de Toulouse* 2001, p. 11.

⁷⁹ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 5.

⁸⁰ Nous pensons notamment – parmi de nombreuses contributions – à la thèse (précitée) du professeur GUGLIELMI : *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française...*, *op. cit.* (1991).

⁸¹ Celles-ci, d'ailleurs, ne cessent d'évoluer en fonction des enjeux qui traversent successivement le mot « doctrine ». En témoigne par exemple cet ouvrage du professeur CAILLOSSE : *La constitution imaginaire de l'administration* (Paris, P.U.F., 2008) ; suivi de cet article : « À propos de doctrine en droit administratif » (*in A.J.D.A.* 2012, p. 1616).

⁸² Le professeur BIENVENU a défini la « *doctrine organique* » comme celle désignant les conclusions des commissaires du gouvernement, les articles les notes d'arrêts, les traités écrits par des membres de la juridiction administrative – surtout du Conseil d'État (« Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », in *Droits* 1985, n° 1, p. 155). Cf. également à ce sujet :

longs développements pour organiser celle du XIX^e siècle suivant une typologie qui fût utile à notre propos (partie 1, titre 3). Sans être absolument originaux, ces développements nous paraissent indispensables pour indiquer au lecteur comment nous avons choisi de confronter les administrativistes du XIX^e siècle. Notre méthode nous a paru trop singulière pour ne pas nous en justifier dans un titre prenant place au cœur de notre démonstration. En plus de ces sources, nous en avons employé deux autres qui nous obligent à quelques explications. Les propos développés dans le paragraphe précédant nous ont conduit à conférer une certaine importance aux thèses de doctorat – ce à partir de la dernière décennie du XIX^e siècle⁸³. Cela ne résulte pas d'une appréciation personnelle. Les contemporains attestent de la considération croissante dont ils créditèrent la littérature doctorale. Si nous n'avons jamais citée une thèse de licence (avant qu'elles ne disparaissent en 1880) ou une thèse de doctorat avant l'aube du XX^e siècle⁸⁴, ces dernières constituent à partir de la réforme de 1895 un référent doctrinal incontournable. Elles sont fréquemment citées, critiquées, confrontées par les enseignants universitaires qui les associent aux référents classiques. Cela ne signifie pas qu'ils leur accordèrent une valeur égale aux autres opinions doctrinales. Quoi qu'il en soit, elles nous paraissent être un exercice académique au travers duquel s'épanouit – inégalement – une exigence scientifique à laquelle le directeur de thèse n'est pas indifférent⁸⁵. Ce n'est pas dire qu'il faille les considérer de la même manière que les thèses du second XX^e siècle. Du reste, cet exercice académique est traversé par des exigences qui évoluent sans cesse en reflétant la manière dont est pensé le doctorat⁸⁶. Au point de vue de l'histoire, nous trouvons au moins deux avantages à en tenir compte. Sauf à les rapprocher des essais⁸⁷, ces monographies ne sont pas enserrées dans les mêmes contraintes que les autres expressions doctrinales – tant à raison du lectorat visé que du format éditorial. Avec plus de liberté qu'un ouvrage didactique, avec plus d'étendue qu'un article de fond, elles sont propres à recenser les opinions doctrinales dans toute leur diversité.

DEGUERGUE Maryse, « Doctrine universitaire et doctrine organique », in [collectif], *La doctrine en droit administratif*, op. cit. (2010), p. 41.

⁸³ Nous n'avons consulté que les thèses répertoriées sur les catalogues de la bibliothèque Cujas, de la Bibliothèque nationale de France et du S.U.D.O.C. À quoi faut-il ajouter les ouvrages des contemporains qui en les citant souvent, permettent de croiser celles que nous avons recensées à partir desdits catalogues.

⁸⁴ De nos jours, il n'y a que la thèse de doctorat de Pierre-Rodolphe DARESTE DE LA CHAVANNE (*Des contrats passés par l'État en droit romain et en droit français*, 1875) qui est parfois discutée.

⁸⁵ Un ouvrage d'Henri CAPITANT (*La thèse de doctorat en droit* (1926) témoigne de cette inflexion qui nous semble avoir été entamée dès l'extrême fin du XIX^e siècle – avec la réforme du doctorat en 1895.

⁸⁶ Tout récemment, le diplôme de doctorat a fait l'objet d'une réforme qui dénote des mutations qui en infléchissent insensiblement le sens (arrêté du 25 mai 2016). Cf. à ce propos : TRICOT Daniel, « Réforme du doctorat : l'Association française des docteurs en droit prend position » (in *Dalloz* 2014, p. 2040) & DEROUSSIN David, « Réforme du doctorat : quelles perspectives ? » (in *Dalloz* 2016, p. 1640). En contrepoint, la soutenance paraît se prêter à ce que le jury de thèse – « magistrature morale éphémère » – actualise une tradition académique destinée à éprouver le candidat, en confrontant ses travaux à une contradiction exigeante (cf. LORIMIER Jean, « Participer à un jury de thèse », in *Rev. adm.* 2001, p. 86).

⁸⁷ Cf. HAKIM Nader, « L'essayisme des professeurs de droit de 1900 à 1940 » (à paraître).

Aussi aident-elles à se représenter le panorama doctrinal contemporain à sa rédaction. Le soin progressif dont les bibliographies firent l'objet en atteste. Elles se font de plus en plus volumineuses à mesure que la fonction de cet appendice évolue vers une prétention scientifique assumée. Il y est de moins en moins question d'y rapporter les auteurs déterminants auxquels le docteur a recouru pour élaborer sa démonstration, que d'y réunir l'ensemble des sources qui ont trait au sujet. À cet égard, les bibliographies sont de mieux en mieux organisées, distinguant peu à peu entre traités et ouvrages élémentaires ; articles de périodique ; thèses ; commentaires de jurisprudence ; *etc.* En outre, la littérature doctorale aide à discerner – suivant la récurrence des sujets – les problématiques qui interrogent la doctrine. Elle contribue à faire voir comment celles-ci se sont posées et quelles en furent les préoccupations sous-jacentes. Elle indique, considération faite du cadre théorique de chaque thèse, la manière dont les problématiques ont évolué, de sorte que, au moyen d'une approche sérielle, elle traduit les dynamiques de la doctrine. Les ignorer reviendrait à occulter une partie non-négligeable des discours qui ont participé à déterminer la littérature universitaire (privatiste comme publiciste). Nous ne voyons pas qu'il soit possible d'étudier la doctrine juridique du premier XX^e siècle en les marginalisant au titre d'une mésestime hors de propos et préjudiciable pour l'histoire. Indépendamment de la faible valeur intrinsèque de plusieurs d'entre elles, elles ont décisivement accompagné la monopolisation du discours doctrinal par les universitaires ; de même qu'elles en ont orienté les inflexions. Si quelques-unes des thèses étudiées sont particulièrement brillantes – comme celles de GOUNOT ou de PÉQUIGNOT – au point d'être conçues aujourd'hui comme des référents classiques, les autres n'ont pas été dévaluées pour autant. Il n'a pas été question de signaler uniquement celles dont les opinions fussent originales. Nous les avons employées systématiquement ensemble, avec cette idée qu'elles offrent à l'historien un biais pertinent pour apprécier la prégnance d'une problématique donnée, en notant la manière dont les termes dans lesquels elle se pose, évoluent au fur et à mesure des travaux successifs. En somme, elles nous ont paru importantes pour ce qu'elles relèvent incidemment, plutôt que pour les doctrines singulières de certaines d'entre elles. Si, d'ailleurs, la plupart des auteurs ne prétendent pas à l'originalité, c'est au titre d'une littérature banale que la littérature doctorale se distingue parmi la littérature administrative. C'est-à-dire en exposant sous un jour systématique les débats contemporains, tandis que les autres *opus* – essais, ouvrages didactiques, articles – s'attachent à être plus incisifs en sélectionnant l'objet de leur attention.

16. Une autre littérature se doit d'être justifiée : la littérature camérale – c'est-à-dire les débats parlementaires. Certes, elle relève d'un circuit éditorial autonome⁸⁸. Pourtant,

⁸⁸ Cf. à cet égard : SAUDRAIS Hélène, « Aux sources de la loi, les archives parlementaires (XIX^e-XX^e)

il n'est pas rare de voir des parlementaires citer des administrativistes ; mais ce sont surtout ces derniers qui ne manquent pas d'en tenir compte en la réceptionnant. Nous ne pouvions délaissier une source documentaire que les contemporains ont intégré au champ doctrinal, sans quoi nous nous serions interdit de penser en quels sens leurs propos ont été orientés et par quels motifs. À l'instar de la littérature doctorale, la littérature camérale aide à discerner les enjeux qui traversent le droit administratif tout en le déterminant. L'éminence institutionnelle du parlement distingue celles des questions qui y sont discutées, en indiquant les autres champs de savoir qui croisent le droit administratif – comme la science administrative par exemple. Nous pensons en particulier aux controverses qui ont assailli le Conseil d'État et la juridiction administrative jusque dans l'Entre-deux-guerres, ou encore aux préoccupations gestionnaires qui ont infusées la manière de réguler l'action administrative. Les débats parlementaires (ainsi que les rapports des commissions) recouvrent un espace discursif institutionnalisé. Y circulent des opinions qui trouvent dans les chambres l'opportunité de gagner une caution propre à renforcer leur valeur, qui l'actualise ou bien la conserve. Si elles se déploient suivant des modalités spécifiques, différentes de celles d'une opinion doctrinale (au sens où nous l'entendons aujourd'hui), elles empruntent souvent des expressions analogues qui ont favorisé leur conversion d'un champ discursif vers un autre et réciproquement. Cela étant dit, la littérature camérale ne peut être mobilisée pareillement suivant les époques. La reconnaissance par la doctrine universitaire de sa propre valeur – à partir de la Belle Époque – a sûrement introduit une distanciation qui oblige à apprécier différemment l'influence de la littérature camérale sur celle-là. À partir du XX^e siècle, nous avons plutôt employé les débats parlementaires à confronter cette dernière, comme un contre-point propre à évaluer la portée de certaines opinions doctrinales, sinon à en apprécier la précarité. À l'inverse, le XIX^e siècle offre l'exemple d'une plus grande perméabilité des champs discursifs – entre les littératures camérale, praticienne et universitaire. La doctrine ne renvoyait pas encore à une valeur qualifiante. Ainsi, les administrativistes ont été plus prompts à assimiler les opinions parlementaires, sans les réceptionner au travers d'une procédure d'appropriation qui les rendissent autonomes de leur source originelle. Si la littérature camérale a été largement mise à contribution, elle ne l'a jamais été comme si elle constituait une source dont la nature fût invariable. Nous l'avons appréhendée suivant la valeur que lui ont conférée ses contemporains – spécialement les administrativistes. C'est beaucoup plus marginalement que nous avons consulté quelques archives, essentiellement pour expliciter des aspects de la littérature administrative dont les déterminants pouvaient ressortir à des discours infra-institutionnels – celui de l'administration ou bien plus spécialement, celui de l'université.

- 17. Une méthode affectée de limites. 1. – Valorisation des discours doctrinaux par rapport aux doctrines originales des auteurs insignes.** – La manière dont nous nous sommes défini notre étude et son cadre, laisse voir ce par quoi elle présente des imperfections. Il s'agit en en signalant certaines, de les assumer et d'indiquer par où nos travaux pourraient être poursuivis. Une de ses ambivalences tient peut-être à la nature de ses développements. Par-delà la cohérence que nous nous sommes efforcé de donner à notre méthode, l'exercice académique est tel que nous avons préféré approfondir nos démonstrations en procédant à un examen systématique des sources plutôt que d'aborder seulement celles qui nous auraient paru les plus significatives, au préjudice des autres. Du reste, nous sommes convaincu que l'histoire *doctrinale* du droit administratif se doit d'être exhaustive, sans quoi les principaux auteurs étudiés apparaissent en dehors de l'épaisseur de leur temps, pourtant indispensable pour qu'ils soient justement appréciés. C'est peut-être un des biais de l'historiographie administrative de privilégier quelques figures notables, au risque de négliger leurs contemporains et de conduire, malgré elle, à une espèce d'héroïsation⁸⁹. Il ne s'agit pas d'insinuer que les travaux biographiques ne seraient en réalité que des hagiographies. Seulement, le contraste qui surgit entre l'individu étudié et ses contemporains, peut faire accroire que l'histoire du droit administratif – en caricaturant volontairement les choses – ne serait qu'une galerie de portraits d'hommes illustres. Bien entendu, les études sont nombreuses qui s'inscrivent dans des problématiques qui ne sont pas circonscrites à un individu. Avec celle du professeur GONOD entreprise sur Édouard LAFERRIÈRE⁹⁰, la thèse du professeur TOUZEIL-DIVINA s'est attachée à convaincre de ce qu'une biographie pouvait permettre d'investir une époque au lieu d'isoler un individu en l'y extrayant. C'est pourquoi ce dernier a résolu d'étudier la doctrine publiciste et l'enseignement du droit public au XIX^e siècle, avant seulement d'aborder la doctrine du doyen FOUCART. Pour notre part, nous avons souligné le rôle prépondérant de plusieurs administrativistes afin de situer dans leurs environnements immédiats ceux, moins connus de la postérité – voire inconnus –, avec qui les premiers ont occupé le champ doctrinal. Sans ces derniers, la mise en valeur des plus insignes perd une part de son

⁸⁹ Les « grands juristes » sont aujourd'hui l'objet d'une vive sollicitude. La démarche de ceux qui ont entrepris de tels travaux n'est pas toujours similaire, loin s'en faut. Elle n'en traduit pas moins une disposition propre à individualiser des figures, à héroïser des acteurs – ou en d'autres termes à comprendre la (ou les) communauté(s) qui informe(nt) le juriste, suivant une verticalité qui insiste par trop sur l'originalité du génie en occultant la contingence des discours doctrinaux. Cf. par exemple cet article du professeur MALAURIE : « Les grands juristes » (*in* [collectif], *Mélanges en hommage à Roland DRAGO : l'unité du Droit*, *op. cit.* (1996), p. 79) ; – l'ouvrage récent du professeur FONTAINE : *Qu'est-ce qu'un "grand" juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne* (Paris, Lextenso éditions, 2012) ; – ou encore cet ouvrage collectif : *Les grands juristes* (Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006).

⁹⁰ GONOD Pascale, *Édouard LAFERRIÈRE, un juriste au service de la République*, Paris, L.G.D.J., 1997 (université Panthéon-Sorbonne). Cf. du même auteur : « La place du "Traité de la juridiction administrative" d'Édouard LAFERRIÈRE dans l'évolution du droit administratif français » (*in* *Annuaire d'histoire administrative européenne* 1996, p. 87).

sens, car elle ne permet pas d'interpréter leurs propos avec suffisamment de discernement. Nos travaux n'ont pas tendu à retenir quelques-uns des principaux « noms » qui auraient décisivement participé à la mise en discours des contrats de l'administration ; ni même à proposer ceux qui pourraient être considérés comme les pères de notre théorie des contrats administratifs. Bien loin d'atténuer les individualités notables, nous avons voulu articuler autour d'eux des administrativistes dont les apports doctrinaux seraient plus difficilement appréciables – parce que moins considérables ou bien d'une qualité plus ambivalente. Ces individualités notables ont été conçues comme des portails au seuil desquels nous ne devons pas nous arrêter, mais par lesquels l'analyse des discours doctrinaux put être entreprise avec plus de pénétration et de méthode. Autrement dit, nous avons exhaussé les figures méconnues du droit administratif, plutôt que nous aurions nivelé celles qui nous sont plus familières. Quoi qu'il en soit, le revers de cette démarche est de présenter au lecteur un tableau où les individualités prises ordinairement comme référents paraissent oblitérées, à ce point que la démonstration pourrait ne plus présenter ce relief utile au lecteur pour se repérer. C'est pourquoi nous nous sommes efforcé de caractériser au mieux les inflexions des discours doctrinaux, à l'articulation desquelles se situent l'apport des principaux administrativistes. Il n'empêche que nous sommes conscients que cet exercice délicat, consistant tout à la fois à ne pas héroïser l'histoire doctrinale autour de quelques figures comme à ne pas en proposer un récit atone ; que cet exercice est affaire de mesure, si bien qu'il prête facilement prise à la critique.

- 18. Une méthode affectée de limites. 2. – Opportunité d'une histoire de l'économie du livre et de l'édition juridiques.** – Pour être définie assez largement, la littérature administrative ne laisse d'occulter des champs d'études qui y sont contigus et qui, en ayant leur propre cohérence, contribuent néanmoins à mieux la comprendre. Suivant notre ambition à saisir cette littérature comme un enchevêtrement de réseaux discursifs plutôt que de l'appréhender comme un panthéon de notabilités juridiques, nous nous exposons à émousser l'originalité doctrinale de ces dernières. Nous assumons d'entreprendre une histoire dynamique des discours doctrinaux, plutôt qu'une histoire contemplative des pensées juridiques remarquables. À cet égard, nous sommes sensible à cette réflexion adressée par l'historien Lucien FEBVRE à ses pairs :

L'histoire du livre, *terra incognita*. Non que fassent défaut les travaux d'érudition. (...) Mais l'histoire de l'imprimerie n'est que trop rarement intégrée à l'histoire générale. Des historiens « littéraires » peuvent encore dissenter à longueur de journée sur leurs auteurs sans se poser les mille problèmes de l'impression, de la publication, de la rémunération, du tirage,

de la clandestinité, *etc.*, qui feraient descendre leurs travaux du ciel sur la terre⁹¹.

Nous nous sommes essayé à tenir compte des supports éditoriaux en distinguant différents modèles auxquels correspondent des fonctionnalités spécifiques, souvent déterminées par le lectorat envisagé. Toutefois, nos compétences en l'état ne nous ont pas permis de pénétrer les ressorts économiques de l'édition juridique. Notre approche des choses – lorsque des témoignages explicites de contemporains ne viennent pas renforcer notre opinion – nous a convaincu que le contenu doctrinal des ouvrages est partiellement conditionné par des facteurs tenant à l'économie du livre⁹² – associant l'auteur à plusieurs autres protagonistes dont l'éditeur, l'imprimeur, le libraire, le bibliothécaire, *etc.*⁹³ Il serait opportun de discerner les contraintes auxquelles les auteurs ont été soumis en composant leurs ouvrages, depuis la formalisation de leur doctrine jusqu'à leur mise en page – tributaire du format éditorial qui la consacre. Dès lors, l'on pourrait se demander de quoi la littérature juridique est caractéristique en recomposant à la marge l'invisible auquel l'économie éditoriale n'a pu donner une expression. Entreprise nécessairement vouée à la déception, il saurait surtout question de mettre en valeur les contingences inhérentes à l'économie du livre juridique, en se portant spécialement sur les procédés de sélection au travers desquels la littérature juridique a vu le jour, pour interroger *in fine* de quoi elle est représentative. Outre des travaux consacrés spécialement à l'édition universitaire⁹⁴, le professeur RICHARD a démontré qu'une telle histoire pouvait contribuer à une plus grande intelligence de la doctrine juridique⁹⁵.

⁹¹ FEBVRE Lucien, Note introductive à l'article d'Henri-Jean MARTIN : « L'édition parisienne au XVII^e siècle : quelques aspects économiques », in *Annales E.S.C.* 1952, p. 309. Cf. de cet auteur (en collaboration avec Henri-Jean MARTIN) : *L'apparition du livre* (Paris, Michel, 1957).

⁹² Le professeur MOLLIER, enseignant en histoire contemporaine, s'est illustré par ses travaux sur l'édition française comme capitalisme moderne (cf. *L'argent et les lettres : histoire du capitalisme d'édition, 1880-1920* (1988)). Il fait sentir la fécondité de tels travaux, pour la compréhension de la doctrine juridique qui n'a cessé d'être dépendante d'une économie du livre (cf. notamment deux articles de cet auteur (le second collectif) : « DALLOZ » & « Droit, livre de », in [collectif], *Dictionnaire encyclopédique du livre*, Paris, Éditions du Cercle de la librairie, 2002-2011 (3 vol.), t. 1, p. 714 et 820).

⁹³ Le professeur TOUZEIL-DIVINA aborde succinctement ces aspects à propos des deux ouvrages principaux du doyen FOUCART. Cf. de cet auteur : *Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCART (1799-1860)* (à paraître ; p. 28 *sq.*).

⁹⁴ Cf. TESNIÈRE Valérie, « L'édition universitaire », in CHARTIER Roger & MARTIN Henri-Jean (dir.), *Histoire de l'édition française*, Paris, Fayard, 1989-1991 (4 vol.), t. 3 (*Le temps des éditeurs : du Romantisme à la Belle Époque*), p. 245 ; du même auteur : *Le Quadrigé : un siècle d'édition universitaire, 1860-1968*, Paris, P.U.F., 2001.

⁹⁵ Le professeur (Guillaume) RICHARD consacre dans sa thèse de doctorat quelques pages sur l'édition juridique parisienne et ses relations avec la faculté de droit : *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République* (Paris, Dalloz, 2015 (université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense) p. 106 *sq.*). Ces développements ont été approfondis à l'occasion d'un colloque qui s'est tenu à l'E.N.S. (2010), sur le thème : « Édition et Université, XIX^e-XXI^e siècles » ; et dont les actes devraient se voir publier prochainement, parmi lesquels la contribution de cet auteur : « Les professeurs de droit parisiens et l'édition juridique sous la Troisième République » (in PARINET Élisabeth & PICARD Emmanuelle (dir.), *Édition & Université*, Paris, Éditions de l'E.H.E.S.S., à paraître). Il faut encore rapprocher ces deux autres articles du même auteur : « La faculté de Paris et l'aide aux étudiants sous la Troisième République » (in

- 19. Une méthode affectée de limites. 3. – Champs de recherches ignorés à escient.** – Nous avons abordé certaines disciplines contiguës au droit administratif en nous n’y aventurant que lorsque cela s’imposait absolument. L’étude de la littérature civiliste du premier XX^e siècle nous a paru opportune pour apprécier l’élaboration, par les publicistes, d’une conception du contrat dissidente de l’acception civiliste orthodoxe. Une telle approche nous a permis de mesurer l’inertie dont le concept de contrat était chargé, du fait d’un consensus entre les doctrines (au sens organique) publiciste et privatiste – fait de répulsion et d’appropriation. Loin d’être seulement un objet de pure connaissance, le contrat fut également employé à l’identité du droit privé, le chargeant ainsi d’enjeux tout à la fois doctrinaux et académiques. Nous n’aurions pu correctement conduire nos recherches sans les élargir à la doctrine privatiste du premier XX^e siècle. Cependant, nous aurions pu encore développer plus en avant nos travaux. La genèse doctrinale du contrat de travail a été effleurée dans la mesure où cela nous a permis de mettre en exergue des aspects essentiels à notre sujet. Pour autant, nous pensons qu’une étude plus approfondie pourrait nous procurer les moyens de mieux penser les tensions et les résistances à l’œuvre dans l’autonomisation du droit ouvrier, et dont l’un des vecteurs principaux fut l’irréductibilité du contrat de travail et de la convention collective à l’acception civiliste du contrat. S’il n’est peut-être pas pertinent d’établir un parallèle rigoureux entre le contrat de travail et le contrat administratif comme si leurs genèses procédèrent des mêmes dynamismes, un tel rapprochement aiderait à se représenter l’hégémonie qu’imposa la doctrine civiliste dans la compréhension du contrat ; et par quels biais le contrat s’est prêté à des discours hétérodoxes. Les commercialistes ont été saisis par des interrogations analogues lorsque, dans le premier XIX^e siècle, les rapports du droit commercial avec le droit civil n’étaient pas encore fixés au travers d’un discours académique qui n’évoluera par la suite que sur les marges. Aussi la discussion de son autonomie conduisit certains commercialistes à envisager le contrat commercial en des termes qui nous paraissent étonnamment modernes – au point que l’on croirait Gaston JÈZE les avoir plagiés⁹⁶. Outre le fait que le droit commercial a souvent été rapproché du droit administratif pour spécifier son rapport avec le droit civil, les débats qui ont traversé une doctrine commercialiste non encore dominée par les universitaires peuvent intéresser notre sujet. En ce sens qu’elles peuvent permettre de se représenter, par hypothèses rapprochées, l’hégémonie de la

HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Étude de socio-histoire sur la faculté de droit de Paris*, Paris, Éditions Rue d’Ulm, 2011, p. 205) & « Des Répétitions écrites de CABANTOUS aux *Principes généraux du droit administratif* de JÈZE : évolution de la conception du droit administratif ou transformation formelle des manuels ? » (in CHAMBOST Anne-Sophie (dir.), *Histoire des manuels de droit...*, op. cit. (2014), p. 201).

⁹⁶ Nous pensons à l’ouvrage de DELAMARRE & LE POITVIN : *Traité du contrat de commission ou des obligations conventionnelles en matière de commerce* (1840-1856, 6 vol.), suivi d’une réédition augmentée et publiée sous le titre : *Traité théorique et pratique de droit commercial* (1861, 6 vol.).

doctrine civiliste de la compréhension du contrat, ainsi que la latitude dont la doctrine administrative disposait pour penser une singularité à l'endroit de certains contrats de l'administration. Cela étant, nous avons renoncé à insérer de tels développements : par souci d'économie, nous avons écarté tous ceux qui n'étaient pas rigoureusement nécessaires à notre démonstration. Par ailleurs, nos lectures nous ont éloigné d'une hypothèse que nous aurions souhaité confronter – celle d'après laquelle les colonies ont pu être autant de « *laboratoires du droit administration métropolitain* »⁹⁷. Les sources que nous avons privilégiées n'ont pas été propres à la discuter – nonobstant la création d'enseignements de législation coloniale à partir de la dernière décennie du XIX^e siècle. Si des travaux entrepris suivant un cadre méthodologique différent pourraient s'y prêter, nous avons préféré tenir compte de la cohérence des référents doctrinaux par le biais desquels les contrats de l'administration ont été mis en discours⁹⁸. S'agissant de l'université, une étude systématique des sources disponibles sur la réalité des enseignements de droit administratif serait également en mesure d'apporter des conclusions éclairantes sur la manière dont les administrativistes ont appréhendé les contrats de l'administration. Le professeur TOUZEIL-DIVINA a apporté un tribut significatif⁹⁹, accompagnant de nombreuses contributions qui abordent les facultés suivant des perspectives inédites. Outre l'analyse des programmes de cours¹⁰⁰, les thèses de licence par exemple pourraient être étudiées afin que l'on puisse se représenter, selon les enseignants, la diffusion de leur doctrine respective. Si cet exercice académique fut loin de correspondre à une ambition scientifique, nous sommes persuadé que la banalité des enseignements n'en reste pas moins signifiante et utile à la compréhension de notre

⁹⁷ Outre l'ouvrage stimulant de M^{me} KODJO-GRANDVAUX et du professeur Koubi : *Droit & colonisation* (Bruxelles, Bruylant, 2005), certains travaux ont été entrepris en ce sens comme celui de M. RAHAL : « Le contrôle juridictionnel de l'administration coloniale française : entre accompagnement de la haute administration et protection de l'administré » (*in Annuaire d'histoire administrative européenne* 2006, n° 18, p. 151).

⁹⁸ Outre les manuels didactiques, nos recherches n'ont retenu qu'une seule thèse susceptible de couvrir un telle approche – celle d'André THOME : *Le contrat de concession des compagnies privilégiées de colonisation* (1902, faculté de Paris).

⁹⁹ Outre ses travaux doctoraux, nous pensons à deux autres articles du professeur TOUZEIL-DIVINA, co-rédigés : – l'un avec le professeur CHAMBOST : « Le phénomène d'attraction/répulsion au cœur des facultés de droit de Paris/province » (*in HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), Paris, capitale juridique (1804-1950). Étude de socio-histoire sur la faculté de droit de Paris*, Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2011, p. 177) ; – l'autre avec M. BONINCHI : « Des premiers docteurs en droit de l'Université française (1809-1850) » (*id.*, p. 193).

¹⁰⁰ Une telle approche a été appliquée aux programmes de cours des professeurs dijonnais du second XIX^e siècle. Il va de soi qu'une telle entreprise est particulièrement tributaire des archives qui ne laisse d'obliquer le regard de l'historien, ne serait-ce que parce que ces archives ont été constituées par suite d'une contingence liée à l'économie disciplinaire du ministère de l'instruction publique – obligation étant faite (à partir des années 1850) aux professeurs de communiquer le programmes de leurs cours audit ministère. Cf. à cet égard l'article du professeur (Hugues) RICHARD : « L'enseignement du droit à travers les programmes des cours des professeurs dijonnais (1855-1882) » (*in* BODINEAU Pierre (dir.), *Les professeurs de droit dans la France moderne et contemporaine. Enseignements, recherches, engagements*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2015, p. 129).

Introduction

sujet. Enfin, un autre discours infra-institutionnel pourrait être utilement investi : celui de la haute-administration. À plusieurs reprises, nous avons rencontré des témoignages – certes ténus – attestant de l’affirmation, au sein de quelques-uns des principaux ministères, d’une réflexion située à la charnière de la doctrine juridique et de la science administrative sur les relations contractuelles de l’administration. Ces différentes perspectives laissent entrevoir en quels sens les travaux pourraient être poursuivis afin d’en combler les lacunes. Si nous nous sommes donné une méthode dont la cohérence réside dans l’assimilation de sources hétéroclites prises au travers d’un même prisme, les contours de notre sujet ne laissent d’admettre qu’ils trouvent – pour une part – leur justification dans les limites d’un travail personnel. Les perspectives de recherche que nous nous sommes choisies ne l’ont été qu’avec le souci d’aborder sous un aspect original l’histoire des contrats de l’administration. Loin d’être figée, notre contribution présente à ses marges des problématiques délaissées que des études ultérieures nous feront peut-être regretter de ne pas les avoir examinées.

Paragraphe 3. – La salubre diversification des courants historiographiques en droit administratif : pour une histoire *doctrinale* du XIX^e siècle

20. Une histoire des contrats de l'administration parmi les histoires du droit administratif. 1. – La surévaluation des « illustres ». – Si une historiographie sur notre sujet serait opportune, elle n'en présente pas moins des difficultés propres qui mériteraient des développements tels que nos travaux de thèse ne nous ont pas permis de les envisager. En revanche, il est indispensable de nous situer par rapport aux critiques historiographiques dont le droit administratif tend à faire l'objet, car la méthode que nous employons en procède. Si une thèse comme celle du professeur TOUZEIL-DIVINA s'inscrit dans ce champ, une autre s'y est pleinement consacré – celle de M. FRACHON¹⁰¹. En effet, l'histoire du droit administratif rencontre un intérêt qui, pour n'être pas débordant, s'est significativement renforcé depuis plusieurs décennies¹⁰². Maurice HAURIOU ou Achille MESTRE – pour ne citer que quelques exemples – n'ont pas engagé des travaux historiques indépendamment de leur appréciation du droit administratif positif¹⁰³. Le développement des monographies historiques à partir de la toute fin de l'Entre-deux-guerres n'est pas non plus le fruit de réflexions désincarnées de toutes préoccupations contemporaines. Ce n'est pas dire que l'histoire fut systématiquement dévoyée. Seulement, la manière dont les questions sont posées procède toujours d'un propos – pas nécessairement fermé. En se portant à l'initiative de travaux biographiques sur les fondateurs du droit administratif, Roger BONNARD l'explicite sans ambages. Suivant des mobiles qui ne sont pas très différents de ceux par lesquels quelques privatistes se prirent à formaliser une « école de l'exégèse », le publiciste parisien reconnaît qu'il fut soucieux de convaincre que le droit administratif ne doit ses moments d'épanouissements qu'aux administrativistes qui ne se sont pas contentés de colliger les normes positives de leurs temps, à l'inverse du professeur DUCROCQ qu'il tient en piètre estime et, surtout, de certains de ses contemporains – qu'il désigne comme des empiristes – contre qui précisément il se dresse :

La présente étude nous sera d'un enseignement précieux. Elle révèle que les premiers juristes du droit administratif – et CORMENIN fut de ceux-là – tout en s'attachant à la réglementation pour en dresser l'inventaire, ne

¹⁰¹ FRACHON Hugues, *Écrire l'histoire du droit administratif*, 2013 (thèse dactylogr., université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense).

¹⁰² Le professeur BIGOT en donne une idée en posant les principaux jalons dans son ouvrage : *Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public* (Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2015, p. xxiv sq.).

¹⁰³ Nous pensons à cet article de Maurice HAURIOU : « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII » (R.G.A. 1892, II, p. 385 & III, p. 15) ; ainsi que celui d'Achille MESTRE paru une trentaine d'années plus tard : « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 » (in [collectif], *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)*. – *Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, Paris, L.G.D.J., 1922-1923 (2 vol.), t. 2, p. 19).

s'en tinrent pas là et s'orientèrent tout de suite vers la méthode scientifique et la construction juridique du droit administratif¹⁰⁴.

De nombreux travaux biographiques ont suivi cette entreprise – tantôt pour donner une présentation critique de la doctrine d'un auteur considéré, tantôt pour envisager sa doctrine sous un biais particulier, tantôt (plus rarement) pour l'employer à approfondir une période méconnue¹⁰⁵. Rigoureusement nécessaires, ces travaux sont toujours affectés de ce risque : celui d'exhausser l'auteur étudié. Non pas dans un élan hagiographique, mais en attirant sur lui l'attention et, par contraste, en confinant dans l'ombre ses contemporains. Les études jusqu'ici réalisées entérinent pour la plupart un prisme au travers duquel les administrativistes postérieurs au président LAFERRIÈRE sont survalorisés par rapport à ses prédécesseurs, confirmant en cela ce sentiment prégnant – quoique moins vif aujourd'hui – sur lequel le professeur DRAGO alertait ses contemporains : « *L'injustice de la doctrine administrative française à l'égard des grands penseurs du XIX^e siècle est criante. Tout ce qui précède] LAFERRIÈRE [est tenu pour] négligeable* »¹⁰⁶. Si du reste ce dernier ne fit que tardivement l'objet d'une thèse¹⁰⁷, la doctrine administrative du XIX^e siècle est encore préférentiellement incarnée par des membres pris dans le giron du Conseil d'État¹⁰⁸. « *Les membres mêmes*

¹⁰⁴ BONNARD Roger, « Préface », in LACHARRIÈRE René (de), CORMENIN, *politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1941, p. vij. Cf. dans le même sens la préface de la troisième édition de son *Précis élémentaire de droit administratif* (1940) dans laquelle il explicite ce conflit de méthodes.

¹⁰⁵ C'est l'un des ressorts d'une vaste entreprise prosopographique effectuée à l'endroit du corps universitaire des facultés de droit. Celle-ci ambitionne de colliger et d'organiser des informations individuelles dont le caractère normalisé permette des comparaisons par séquences, qui soient de nature à ouvrir une histoire doctrinale vers une histoire externe, c'est-à-dire une histoire incarnée. Cf. en ce sens l'article du professeur BEAUD : « CARRÉ DE MALBERG, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle » (in BEAUD Olivier & WACHSMANN Patrick (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 220). Pour une présentation plus substantielle du projet SIPROJURIS, nous nous permettons de renvoyer à un article programmatique signé de son instigatrice, M^{me} FILLON : « SIPROJURIS : projet de base de données des enseignants français en droit (1804-1950) » (in BODINEAU Pierre (dir.), *Les professeurs de droit dans la France moderne et contemporaine...*, op. cit. (2015), p. 201).

¹⁰⁶ DRAGO Roland, « Préface », in PIROTTE Olivier, *Alexandre-François-Auguste VIVIEN DE GOUBERT (1799-1854). Contribution à l'étude d'un libéral autoritaire*, Paris, L.G.D.J., 1972 (thèse de doctorat, université Lille II), p. i-ij.

¹⁰⁷ GONOD Pascale, *Édouard LAFERRIÈRE, un juriste au service de la République*, op. cit. (1997).

¹⁰⁸ C'est par exemple l'opinion du professeur PACTEAU qui aux côtés du professeur BIENVENU, donne du Conseil d'État une idée héroïque : « *En l'absence de droit administratif élaboré ni surtout construit, il n'y avait d'option pour le juge administratif qu'entre périr et conquérir !* » (« La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif », in HECQUARD-THÉRON Maryvonne (dir.), *Les facultés de droit, inspiratrice du droit ?*, op. cit. (2005), p. 87). Le professeur GUGLIELMI s'attache lui aussi à souligner l'héritage des trois illustres du Conseil d'État – GÉRANDO, CORMENIN et MACAREL (« Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif », in [collectif], *Le droit administratif en mutation*, Paris, P.U.F., 1993, p. 41). Pour autant, il estime – avec d'autres comme le professeur TOUZEIL-DIVINA – que « *les inventeurs du droit administratif ne sont pas les juges administratifs. Cette (...) idée reçue que le Conseil d'État, en tant qu'institution écrivant sa propre histoire, a généralement réussi à répandre, est tout aussi nettement démentie par l'analyse des étapes de la construction du droit administratif à des moments clefs* » (« L'émergence d'une rationalité gestionnaire dans les théories du droit administratif au début du XIX^e siècle », in [collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques : élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX^e siècle (1815-1914)*, Paris, Comité pour l'histoire économique

du Conseil d'État forment l'essentiel de la doctrine [du XIX^e siècle] » suivant le professeur BURDEAU, qui ajoute plus loin.

Si la doctrine universitaire [du même siècle] se montre si bien disposée, c'est qu'elle sait que la dignité qu'elle a acquise est à mettre au crédit de l'activité juridictionnelle du [Conseil d'État]. Elle concourt au sacre d'un juge qui l'a lui-même élevée au niveau de sa consœur du droit privé¹⁰⁹.

Interprétation discutable – et d'ailleurs discutée – si l'on considère à la même époque une doctrine qui a assise son autorité sans le concours d'aucune jurisprudence : les universitaires constitutionnalistes¹¹⁰. Concomitamment, la doctrine civiliste connut des mutations analogues par lesquelles la jurisprudence fut captée au travers d'un

et financière de la France, 2010, p. 253). La surexposition de ces administrativistes identifiés aux « pères » du droit administratif nous paraît s'apparenter dans sa structure narrative à la prophétie apocalyptique (au sens originaire de « révélation ») : ces trois précurseurs en qui se découvrent des qualités contrastées, précèdent Édouard LAFERRIÈRE dont le testament s'incarne dans son traité providentiel. « *La Faculté, désormais, dispose d'un guide exceptionnel qui lui permet de se retrouver dans le maquis de la production juridictionnelle, en lui offrant un fil conducteur* » (BURDEAU François, « Du sacre au massacre : la doctrine et le Conseil d'État statuant au contentieux », in [collectif], *La terre, la famille, le juge : études offertes à Henri-Daniel COSNARD*, Paris, Économica, 1990, p. 312). Les qualités imputées à celui-ci condensent celles des premiers, en ce qu'il parfait les types qu'incarnaient respectivement GÉRANDO, CORMENIN et MACAREL en les assumant tous : un administrateur aux compétences éprouvées, un enseignant pédagogue et réaliste, un fin connaisseur du contentieux administratif, un citoyen engagé dans la cité. Ne manquait aux premiers que d'être républicains. Le professeur parisien DUCROCQ, contemporain de celui-là, est souvent présenté comme la figure anti-archétypale : un universitaire reclus dans une faculté qui ne se distingue que par un lustre napoléonien tout à fait décati ; un professeur attaché à une méthode d'enseignement abrutissante d'ennui et infidèle au droit administratif, tant le contentieux administratif y est négligé ; l'auteur d'un traité dont la monumentalité illustre la vanité d'une intelligence soucieuse de tout saisir et qui ce faisant se condamne à ne rien dire tant il se perd dans les anfractuosités du droit administratif. En un mot il incarne le type d'une doctrine universitaire qui avant celle du doyen HAURIOU, ne brille que par son incurie. L'on est conduit à se demander si le succès de ce *credo* n'a pas été facilité par une narration dont le rythme fait résonance avec le diptyque biblique. En effet l'histoire de la doctrine administrative du XIX^e siècle nous paraît emprunter à la typologie biblique – cette doctrine théologique consistant à interpréter l'Ancien Testament pour le présenter comme une préfiguration du Nouveau Testament. En ce sens que le XIX^e siècle (*ante* républicain) est compris et investi à l'aune d'un autre XIX^e siècle (*post* républicain), de sorte à confirmer le génie d'Édouard LAFERRIÈRE et à souligner l'originalité d'une doctrine universitaire qui dans son sillage, sut élever des cathédrales doctrinales (selon une expression empruntée au professeur BURDEAU) pour célébrer les reliques jurisprudentielles. L'exemple – entre autres – de Louis-Antoine MACAREL nous incite à suggérer cette hypothèse, tant ce personnage a fait l'objet d'une captation par le Conseil d'État qui s'en est attribué la valeur patristique : pourtant la période la plus féconde au point de vue de ses publications – à commencer par la fondation de ce qui devint ultérieurement le *Recueil Lebon* – correspond à celle où il fut avocat puis avocat aux Conseils. Une fois maître des requêtes puis conseiller d'État, il ne publia plus que son *Cours de droit administratif* (et encore au titre de ses fonctions universitaires) qui n'est pas celle de ses œuvres les mieux originales. Outre le fait qu'un tel biais est préjudiciable à l'appréhension de sa doctrine, cette accapARATION nous paraît servir à l'énonciation d'un discours performatif plus qu'historique. La doctrine administrative est astreinte à être le complice de la jurisprudence administrative de laquelle elle est réputée tenir ses lettres de noblesse. En outre, le droit administratif est conçu sous un aspect qui surévalue le contentieux administratif.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 310 & 314.

¹¹⁰ Cf. à cet égard : SACRISTE Guillaume, *La république des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de la Fondation nationale de sciences politiques, 2011 (issu de sa thèse de doctorat (2002) ; université Panthéon-Sorbonne).

exercice doctrinal inédit dans ses formes : la note d'arrêt¹¹¹. Une histoire de la doctrine administrative est nécessairement solidaire d'une histoire de la doctrine publiciste et plus largement de celle de la doctrine juridique prise dans sa généralité.

- 21. Une histoire des contrats de l'administration parmi les histoires du droit administratif. 2. – La surexposition de la juridiction administrative et du contentieux administratif.** – Tandis que le professeur LEGENDRE signalait un divorce d'entre l'histoire et le droit administratif¹¹², il soulignait en même temps un biais menaçant : celui d'attirer exagérément l'attention des historiens sur le Conseil d'État et la juridiction administrative¹¹³. Pareillement, il ne s'agit pas d'insinuer que les travaux réalisés à ce sujet ont été ou sont inutiles – bien au contraire. Toutefois, ils ne peuvent manquer de nous interroger sur ce qu'ils traduisent dans la manière dont l'histoire du droit administratif a été et continue d'être employée et dont ses travaux sont orientés. Si la multiplication des travaux a heureusement contrasté cette orientation, celle-ci marque encore de son empreinte le caractère de l'historiographie française¹¹⁴. La création, à l'instigation du président DENOIX DE SAINT MARC, d'un *comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative* (2001) atteste des enjeux auxquels l'histoire du droit administratif est atraite¹¹⁵ – suscitant cette question (légitime) de savoir si une telle entreprise ne confine pas quelquefois avec une ambition mémorielle de l'institution, laquelle d'ailleurs ne paraît pas dissimulée¹¹⁶. La recension des travaux que fit récemment le professeur MESTRE illustre qu'au-delà des différentes perspectives empruntées, le contentieux administratif demeure le principal horizon auquel celles-ci viennent, pour la plupart, se rapporter¹¹⁷. C'est par son relief

¹¹¹ Cf. à cet égard : JAMIN Christophe, « Relire LABBÉ et ses lecteurs », in *Archives de philosophie du droit* 1992, p. 247 ; ainsi qu'une thèse soutenue par M. BARENOT : *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, 2014 (thèse dactylogr., université de Bordeaux).

¹¹² LEGENDRE Pierre, « L'administration sans histoire. Les courants traditionnels de recherche dans les facultés de droit », in *Rev. adm.* 1968, p. 427. *A pari* : LAROQUE Pierre, « Droit administratif et histoire », in *R.H.D.F.E.* 1974, p. 763.

¹¹³ LEGENDRE Pierre, « Prestance du Conseil d'État (à propos d'un livre récent) [*Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque (1799-1974)*] », in *R.H.D.F.E.* 1975, p. 630. L'article du président LAROQUE cité dans la note précédente illustre parfaitement l'inclination historiographique que le professeur LEGENDRE critique. Plus récemment, c'est d'après la même préoccupation de ne pas associer exclusivement le Conseil d'État à l'histoire du droit administratif, que le professeur TOUZEIL-DIVINA a publié un ouvrage (précité) sur la doctrine publiciste du XIX^e siècle.

¹¹⁴ CHATRIOT Alain, « La difficile écriture de l'histoire du Conseil d'État », in *French Politics, Culture & Society* 2008, vol. 26, n° 3, p. 23.

¹¹⁵ MASSOT Jean, « Le comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative », in *R.F.A.P.* 2002, p. 267. *Comp.* PACTEAU Bernard, « Le Conseil d'État, historiographe du Conseil d'État », in MBONGO Pascal & RENAUDIE Olivier (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel*, Paris, Éditions Cujas, 2010, p. 117.

¹¹⁶ La collection créée pour la publication des travaux de ce comité s'intitule emblématiquement « Histoire et mémoire » (éditée par la Documentation française).

¹¹⁷ MESTRE Jean-Louis, « L'histoire du droit administratif. La combinaison fructueuse de deux approches », in ALTEROCHE Bernard (d') & KRYNEN Jacques (dir.), *L'histoire du droit en France...*, *op. cit.*

prétorien que la dynamique du droit administratif se laisse apprécier – comme l'illustre par exemple la thèse de M. BERTHIER¹¹⁸. Plus encore que par la position imminente du Conseil d'État¹¹⁹, une telle tendance nous paraît liée à quelques-uns des initiateurs de l'histoire du droit administratif – les professeurs BURDEAU & MESTRE – pour qui « *l'objet d'une histoire du droit administratif est dans tous les cas un objet normatif* »¹²⁰. Cette acception de l'histoire du droit administratif a incontestablement démontré ses qualités, d'autant qu'elle se tempère parfois d'aspects hétérogènes, en reconnaissant par exemple une certaine pertinence à l'histoire de la doctrine administrative¹²¹. Seulement une discipline historique trouve sa vitalité dans la diversité des perspectives empruntées. En privilégiant une acception normative de son objet, l'histoire du droit administratif surexpose une jurisprudence du Conseil d'État qui oriente *in fine* la représentation du droit administratif. Pourtant, le professeur TOUZEIL-DIVINA a montré que l'essentiel des normes administratives ont été – au moins au cours du premier XIX^e siècle – textuelle plutôt que prétorienne. Par ailleurs, une approche normative néglige en fin de compte la manière dont la jurisprudence administrative fut réceptionnée par ses contemporains, c'est-à-dire comment ils comprirent les arrêts et quelle portée ils leur assignèrent à chacun¹²². Nos travaux nous ont notamment persuadé que les jurisprudences TERRIER (1903), THÉRON (1910), *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912) ont été diversement reçues selon les époques – dans un sens qui, originellement, fut bien éloigné de celui

(2014), p. 250.

¹¹⁸ BERTHIER David, *Discontinuité constitutionnelle, continuité jurisprudentielle ? La jurisprudence du Conseil d'État de 1806 à 1821*, 2005 (thèse dactylogr., université Panthéon-Assas).

¹¹⁹ M. ROLLAND – *senior lecturer* (professeur associé) à l'université d'Exeter – souligne à juste titre « *la prééminence historique de l'administration contentieuse* », de laquelle procède « *la prééminence intellectuelle du juge administratif dans l'appréhension générale du phénomène administratif* ». La manière dont l'histoire du droit administratif est le plus souvent conçue met en exergue « *la prévalence axiologique de l'administration contentieuse sur l'administrative active* », ce afin de corroborer une certaine représentation du droit administratif – contemporaine et performative. Aussi cet auteur ajoute-t-il : « *Le Conseil d'État ne s'attribue pas uniquement le quasi-monopole de la création du droit administratif ; fondamentalement, il assure le monopole du savoir administratif sur le droit administratif. Le savoir juridique administratif contentieux, jurisprudentiel, juridictionnel, se présente dès lors comme le seul savoir légitime sur l'administration publique. Autrement dit, l'indépendance et l'autonomie de la juridiction administrative (...) assurent, non seulement l'avènement du droit administratif en tant que branche principale du droit public, mais plus encore, consolide la suprématie du juge administratif dans la hiérarchie des producteurs du savoir juridique général sur l'administration. Cette préexcellence du juge administratif est également renforcée par le rapport privilégié qu'il établit avec les auteurs de la doctrine administrative* » (« L'historicité du droit administratif français à l'épreuve de la pratique juridique », in *Revue juridique de l'Ouest* 2007, p. 130-132).

¹²⁰ GUGLIELMI Gilles-J., « L'histoire du droit administratif français érigée en objet (2001-2006), in *Annuaire d'histoire administrative européenne* 2007, n° 19, p. 307.

¹²¹ Cf. par exemple : BURDEAU François, « Naissance d'un droit », in [collectif], *Nonagesimo anno : mélanges en hommage à Jean GAUDEMET*, Paris, P.U.F., 1999, p. 521.

¹²² En ce sens, nous adhérons pleinement aux propos du professeur GUGLIELMI d'après qui « *la production du droit administratif par un système d'interprètes ne peut pas être étudiée d'une façon exclusivement positiviste. (...) Instillée de façon diffuse par l'influence du kelsenisme dans l'enseignement universitaire, [cette idée reçue] est impuissante à rendre compte de la construction essentiellement historique et contingente du droit administratif pendant deux siècles* » (« L'émergence d'une rationalité gestionnaire dans les théories du droit administratif au début du XIX^e siècle », in [collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques...*, *op. cit.* (2010), p. 254).

que nous leur conférons aujourd'hui. L'historien doit non pas privilégier la compréhension qu'il en donne rétrospectivement, mais celles qu'en ont eu successivement les administrativistes. La jurisprudence administrative est un corpus normatif qui ne se donne pas tant à lui-même qu'il ne s'articule aux diverses représentations que les administrativistes tiennent du droit administratif – ce en privilégiant certains arrêts plutôt que d'autres, ou encore en leur reconnaissant une portée différente. Une analyse par trop attachée à la jurisprudence administrative ne nous dit rien de la manière dont elle fut employée à étayer un discours sur le droit administratif, spécifique suivant les époques et plus encore selon les auteurs. La théorie de l'État débiteur en est un exemple parmi d'autres. Sa promotion doctrinale ne correspond pas avec sa consécration jurisprudentielle. Au contraire, celle-là est significative d'une représentation du droit administratif inédite, dont nous pensons qu'elle réagit à l'avènement du Second Empire. En outre, nous nous exposons à comprendre les arrêts du Conseil d'État par le biais de notre propre culture du droit administratif. C'est se risquer à des anachronismes et se dissimuler les préoccupations des administrativistes dont l'on peut supposer qu'elles ont été différentes des nôtres. À cet égard, la thèse du professeur CHAPUS – qui s'est intéressé à la définition jurisprudentielle des contrats administratifs dans le premier XIX^e siècle – est caractéristique¹²³. Elle tend à voir dans l'étude du passé un reflet déformé de notre présent. Son propos historique vise à démontrer le primat du critère de la puissance publique comme le seul susceptible de rendre intelligible le droit administratif contemporain.

- 22. La multiplicité des perspectives historiographiques : le concours d'une histoire doctrinale.** – Cela étant, il convient d'ajouter que les recherches entreprises jusqu'alors ne présentent pas les mêmes caractères. Loin s'en faut. Le professeur GUGLIELMI (dans son article précité) souligna la fécondité d'une ouverture de l'histoire sur une spatialité intégrant les colonies pour en apprécier les réfléchissements sur le droit métropolitain¹²⁴ ; ainsi qu'une autre sensible à la mobilisation par les administrativistes du droit privé comme référent¹²⁵. Le même a par ailleurs dirigé un ouvrage orienté à historiciser le service public¹²⁶. Le professeur BIGOT a quant à lui attiré l'histoire du droit administratif à une critique métajuridique de l'État, en s'interrogeant sur les ressorts auxquels s'est articulée l'énonciation d'un

¹²³ CHAPUS René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J., 1953 (faculté de Paris).

¹²⁴ Il cite notamment l'ouvrage précité et dirigé par Séverine KODJO-GRANDVAUX & Geneviève KOUBI : *Droit & colonisation* (2005).

¹²⁵ Nous pensons à cet égard à la thèse (précitée) du professeur PLESSIX, à laquelle il faut ajouter l'article de M. DUBOIS DE CARRATIER : « L'influence de la culture privatiste sur la doctrine administrative au XIX^e siècle » (*in Droit écrit : revue de la faculté de droit de Toulouse* 2001, p. 3).

¹²⁶ GUGLIELMI Gilles-J. (dir.), *Histoire et service public*, Paris, P.U.F., 2004.

droit administratif¹²⁷. Loin d'être atone, cette discipline ne se présente pas moins sous des aspects dont la critique est nécessaire. La thèse précitée de M. FRACHON tend à cette ambition. À cet égard, il vise opportunément le prisme presque monopolistique de la justice administrative :

L'écriture de l'histoire du droit administratif met en scène un clivage fort entre une histoire longue et une histoire courte marquée par la rupture révolutionnaire. Cette présentation ne résiste pas à l'analyse : le lien entre les définitions du droit administratif, de l'administration et de la compétence du juge administratif fonde le ressort qui anime chaque étude historique. Quelque soit la période retenue, elles identifient et donnent à voir l'objet « droit administratif » indissolublement lié à la justice administrative¹²⁸.

Plus encore, nous le rejoignons dans cette critique par laquelle il explique la défaveur dont pâtit la doctrine administrative du XIX^e siècle, soit par occultation, soit par falsification. Peut-être la terminologie employée par cet auteur peut-elle prêter à discussion. Cependant, son analyse ne laisse d'être stimulante en convaincant de ce que l'histoire du droit administratif nous renvoie sans cesse à la manière dont nous souhaitons nous donner notre droit administratif contemporain, si bien que les *a priori* auxquels elle se prête nous condamnent à nous bercer de mythes capiteux en restant captifs d'un passé fantasmé¹²⁹. Le droit administratif du XIX^e siècle ne peut être abordé qu'en nous dégageant de nos concepts, de sorte qu'à cette occasion il devient nécessaire de les considérer pour ce qu'ils sont et pour ce qu'ils impliquent : c'est-à-dire un choix doctrinal. Il est nécessaire de nous défaire de nos concepts, au moins pour prévenir l'anachronisme, sinon pour en apprécier la valeur à l'aune de l'histoire¹³⁰. En accord avec M. FRACHON, l'histoire nous paraît constituer un discours qui pour s'appliquer au passé, ne doit pas faire oublier le narrateur, dont le regard projeté en arrière et ses préoccupations orientées en avant sont solidaires de celles de ses contemporains. C'est pourquoi nos travaux privilégient une orientation doctrinale de l'histoire des contrats de l'administration : non seulement pour se garder des anachronismes, mais encore pour se montrer sensible aux appréhensions par lesquelles les administrativistes – du début du XIX^e siècle jusqu'au milieu du XX^e siècle – ont saisi les contrats de l'administration pour les mettre en discours. À quelles fins ? L'aboutissement de nos travaux nous persuade qu'une histoire du droit

¹²⁷ BIGOT Grégoire, *Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public*, op. cit. (2015). Cet ouvrage réunit plusieurs des articles écrits par cet auteur sur cette même thématique ; il est précédé d'un substantiel avant-propos, très édifiant.

¹²⁸ FRACHON Hugues, *Écrire l'histoire du droit administratif*, op. cit. (2013), p. 112.

¹²⁹ Le professeur ATIAS a consacré des développements éclairants sur la valeur du mythe dans la doctrine juridique – sous un titre intitulé : « *Vers une aporétique juridique* ». Cf. à cet égard : *Philosophie du droit* (Paris, P.U.F., 2016, 4^e éd.). Nous y renvoyons car il traite du mythe avec clairvoyance, sans enfermer son analyse dans une polarité entre la vérité et l'erreur.

¹³⁰ *Comp.* TROPER Michel, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », in *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations* 1992, p. 1171 (et la réponse de François FURET, p. 1185) & du même auteur : « Les concepts juridiques et l'histoire », in [collectif], *Liber amicorum DARCY : détours juridiques : le praticien, le théoricien et le rêveur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 831.

administratif pourrait s'enrichir en considérant non pas seulement le droit administratif comme un moyen de subordonner les administrés – en somme une histoire appréhendant le droit administratif au travers des relations entre l'administration et les administrés, pensées en termes de puissance publique-liberté¹³¹ –, mais aussi comme un moyen de conférer à l'administration une cohérence institutionnelle, une efficacité opérationnelle et un contrôle sur ses agents. En tout état de cause, il serait opportun de réévaluer cette préoccupation, au moins prégnante dans le premier XIX^e siècle – celle de pouvoir s'assurer des agents administratifs, enjeu ô combien problématique et terrifiant aux contemporains qui connurent la fin de l'Ancien Régime¹³².

23. Comment situer des travaux historiques parmi la recherche doctorale contemporaine sur les contrats administratifs ? – Nos travaux historiques participent indirectement – mais non moins sûrement – d'un faisceau de réflexions qui, autour du concept de contrat administratif auquel lui est confronté celui de contrat public¹³³ (encore désigné « *contrat de la commande publique* »¹³⁴), en discutent de

¹³¹ C'est d'après cette perspective que le professeur MESTRE envisage ses développements historiques dans le *Traité de droit administratif* (op. cit. (2011), t. 1, p. 3). Cf. aussi du même auteur : « Le renforcement des prérogatives de l'administration sous le Consulat et l'Empire » (in [collectif], *Mélanges offerts à Pierre MONTANÉ DE LA ROQUE*, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques, 1986 (2 vol.), t. 2, p. 607). Ce point de vue met en avant le Conseil d'État dont le rôle s'interpose naturellement entre l'administration et les administrés, appelé à régler leurs relations de sorte que le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne se mût en un pouvoir arbitraire. Avec des différences notables entre chacun, c'est toujours d'après ce prisme que les ouvrages généraux de droit administratif sont conçus – savoir celui des professeurs MESTRE (*Introduction historique au droit administratif français*, 1985), BURDEAU (*Histoire du droit administratif : de la Révolution au début des années 1970*, 1995) et BIGOT (*Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, 2002) ; ainsi que celui de M^{me} RENAUT (*Histoire du droit administratif*, 2007) et M^{me} WEIDENFELD (*Histoire du droit administratif du XIV^e siècle à nos jours*, 2010).

¹³² Il serait erroné de penser qu'aucun auteur n'ait jamais prêté attention à cet aspect. Le professeur BURDEAU, entre autres exemples, s'y est montré sensible, ce qui prouve que ces deux approches ne sont pas aussi antinomiques qu'elles n'y paraissent. Cf. de cet auteur : « L'administration napoléonienne et le souci de la régularité » (in *Giornale di Storia costituzionale* 2002, n° 3, p. 25).

¹³³ La promotion d'un concept de contrat public est récente. On le doit au professeur GUIBAL à qui le professeur CLAMOUR rendit hommage par cet article : « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics » (in [collectif], *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, op. cit., t. 2 (2006), p. 637). L'ouvrage du professeur UBAUD-BERGERON donne une idée de sa diffusion auprès de la doctrine administrative (*Droit des contrats administratifs*, op. cit. (2015), spéc. p. 26). En outre, quelques thèses ont contribué à en affiner la pertinence, comme celles de M^{me} MARCUS (*L'unité des contrats publics*, 2010) et M. GRACH (*L'unité des contrats privés et des contrats publics. Éclairage à partir de la formation du contrat*, 2014). Celle-là définit le contrat public comme celui « dont l'une des parties est une personne publique ou une personne privée sous contrôle public » (*L'unité des contrats publics*, op. cit. (2010), p. 14-15 ; spéc. p. 237 sq.). Ce concept n'a pas vocation – selon ses partisans – à se substituer au concept de contrat administratif, lequel se présente par un critère matériel plutôt qu'organique. Ainsi, ce contrat est celui dont l'exécution ressort d'un régime juridique spécifique du droit privé, sanctionné par la compétence exclusive du juge administratif.

¹³⁴ Cf. en ce sens la proposition doctrinale du professeur KALFLÈCHE : « Un contrat de la commande publique est un contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité es bi corporels ou des services » (*Des marchés publics à la commande publique*.

la pertinence actuelle. C'est-à-dire de ses mutations comme des subversions qui de l'extérieur en affectent la valeur. Sur une période d'une vingtaine d'années, nous avons fait la recension de près d'une quarantaine de thèses. Un tel foisonnement peut d'autant plus surprendre que les ouvrages généralistes de droit administratif envisagent la théorie du contrat administratif de la même manière¹³⁵. Les dernières années du XX^e siècle virent se réaliser plusieurs thèses autour de la délégation des

L'évolution du droit des marchés publics, op. cit. (2004), p. 23).

¹³⁵ Sur les vingt dernières années, nous avons recensé près de cinquante ouvrages consacrés au droit administratif. Depuis les traités jusqu'aux mémentos destinés aux préparations de concours. Une telle multiplicité pourrait faire douter de la pertinence qu'il y a à les rapprocher tous, car chacun s'adresse à des lectorats spécifiques de sorte que leur vocation doctrinale est très contrastée. Pourtant il y a cela de significatif que les contrats administratifs y sont envisagés de la même manière, parmi la panoplie des moyens juridiques dont dispose l'administration – au côté des actes administratifs unilatéraux. Cette appréhension est d'autant plus saisissante qu'elle constitue l'un des rares invariants qui transcendent les singularités dont quelques auteurs font montre dans leur méthode pour aborder le droit administratif. Alors que d'aucuns interrogent la pertinence contemporaine de la théorie des contrats administratifs (*via* des articles ou des thèses le plus souvent), cette constante est saisissante qui atteste de sa valeur pédagogique. Parmi les ouvrages recensés, seuls deux s'en distinguent en considérant les contrats administratifs d'une manière diffuse. Il s'agit de celui de Guy BRAIBANT & Bernard STIRN (*Le droit administratif français* [1984], 2005), ainsi que celui de Pierre DELVOLVÉ (*Droit administratif* [1994], 2014). Si notre recension n'est probablement pas parfaitement exhaustive, nous la reproduisons pour en donner la mesure. Les ouvrages sont cités suivant l'ordre alphabétique des noms d'auteurs, avec entre crochets la mention de la date de l'édition *princeps* lorsque plusieurs sont parues (à l'instar des deux précédents ouvrages). Ainsi avons-nous consulté les ouvrages suivants : AUTIN Jean-Louis & RIBOT Catherine, *Droit administratif général* [1999], 2007 ; BIGAUT Christian, *Le droit administratif en fiches*, 2002 ; BIN Fabrice, *Droit administratif*, 2010 ; BRISSON Jean-François & ROUYÈRE Aude, *Droit administratif*, 2004 ; BROUSSOLLE Yves, *Leçons de droit administratif*, 2015 ; CARTON Olivier & DESCLODURES Harold, *Droit administratif*, 2009 ; CHAPUS René, *Droit administratif* [1985], 2001 (2 vol.) ; CHAVRIER Anne-Laure & DELAMARRE Manuel & PARIS Timothée, *Leçons de droit administratif général* [2010], 2014 ; CHRÉTIEN Patrice & CHIFFOT Nicolas, *TOURBE Maxime Droit administratif*, 2014 ; DEBBASCH Charles & COLIN Frédéric, *Droit administratif* [1968], 2014 ; DEGOFFE Michel, *Droit administratif* [2008], 2012 ; DELAMARRE Manuel & PARIS Timothée, *Droit administratif*, 2009 ; DELBLOND Antoine, *Droit administratif*, 2009 ; DUPUIS Georges, GUÉDON Marie-José & CHRÉTIEN Patrice, *Droit administratif* [1986], 2010 ; FOILLARD Philippe, *Droit administratif* [2013], 2015 ; FORGES Jean-Michel (de), *Droit administratif* [1991], 2002 ; FOUGEROUSE Jean, *Le droit administratif en schémas* [2008], 2014 ; FRAISSEIX Patrick, *Droit administratif*, 2002 ; FRIER Pierre-Laurent & PETIT Jacques, *Précis de droit administratif* [2001], 2015 ; GAUDEMET Yves, *Droit administratif* [1985], 2015 ; GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice & YOLKA Philippe, *Traité de droit administratif*, 2011 ; GROS Manuel, *Droit administratif : l'angle jurisprudentiel* [1998], 2014 ; LACHAUME Jean-François, PAULIAT Hélène & BRACONNIER Stéphane, *Droit administratif : les grandes décisions de la jurisprudence* [1980], 2014 ; LAUBADÈRE André (de) & GAUDEMET Yves, *Traité de droit administratif* [1953], 2001 (t. 1 : *Droit administratif général*) ; LEBRETON Gilles, *Droit administratif général* [1996] 2015 ; LOMBARD Martine, DUMONT Gilles & SIRINELLI Jean, *Droit administratif* [1997], 2015 ; MAURIN André, *Droit administratif* [1999], 2014 ; MORAND-DEVILLER Jacqueline, *Droit administratif* [1989], 2015 ; MOREAU Jacques, *Droit administratif* 1989 ; PASTOREL Jean-Paul, *Droit administratif* [1992], 1999 ; PELJAK Dominique, *Mémento de droit administratif*, 2006 ; PEISER Gustave, *Droit administratif général* [1967], 2014 ; PETIT Jacques, *Droit administratif et administration* [1972], 2008 ; PEYRICAL Jean-Marc, *Droit administratif* [1997] 2000 ; PLESSIX Benoît, DEFFAINS Nathalie & UBAUD-BERGERON Marion, *Droit administratif général*, 2013 ; PLESSIX Benoît, *Droit administratif général*, 2016 ; RICCI Jean-Claude, *Droit administratif général* [2005], 2014 ; ROUAULT Marie-Christine, *Droit administratif* [2001], 2015 ; ROUSSET Michel & ROUSSET Olivier, *Droit administratif* [1994], 2004 (2 vol.) ; SEILLER Bertrand, *Droit administratif* [2001], 2016 (2 vol.) ; SERRAND Pierre, *Droit administratif*, 2015 (2 vol.) ; TIFINE Pierre, *Droit administratif français* [2012], 2014 ; TRUCHET Didier, *Droit administratif* [2008], 2015 ; VELLEJY Serge, *Droit administratif* [1995], 2014 ; WALINE Jean, *Droit administratif* [1994], 2014 ; WEIL Prosper & POUYAUD Dominique, *Droit administratif* [1964], 2013.

activités de service public – en réaction aux mutations emportées par le droit de l’Union européenne (pour employer une terminologie contemporaine). Mais par contraste, nous serions en peine d’en rapporter plus d’une dizaine sur une période couvrant les années 1960 jusqu’aux années 1990¹³⁶. Aussi, les vingt dernières années font-elles surgir un contraste saisissant. Il n’est pas question de les apprécier toutes, ni même de se prêter à une synthèse qui oblitérait la singularité de chacune. Cependant, nous pensons pouvoir avancer l’appréciation suivante (en aucun cas péjorative) : la très grande majorité d’entre elles aborde le contrat administratif au point de vue du droit positif, en se le donnant comme une opération contractuelle dont il est question d’éclairer un aspect particulier – spécifique ou non au droit administratif, quelquefois transcendant la *summa divisio*¹³⁷. Nous en avons retenu sept seulement qui, à des points de vue différents, interrogent le concept de contrat

¹³⁶ Le trois plus notables pour cette période étant celles des professeurs LLORENS (*Contrat d’entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, 1978), HUBRECHT (*Les contrats de service public*, 1980) & POUYAUD (*La nullité des contrats administratifs*, 1989).

¹³⁷ Pour permettre de confronter notre opinion, nous rapportons la liste des thèses que nous avons visées (dans l’ordre chronologique, d’après la date de soutenance). Cette recension a été effectuée à partir des catalogues de la bibliothèque Cujas et du S.U.D.O.C. Il n’est question que de thèses qui portent sur le contrat administratif ou sur le contrat public ; ainsi que de celles qui en se restreignant à un contrat spécifique, l’appréhende explicitement au travers du concept de contrat administratif. Nous avons exclu les thèses par trop orientées vers le droit de la commande publique (nombreuses depuis quelques années, et qui tendent à s’autonomiser par rapport au droit des contrats administratifs) ; celles qui portent sur le droit international et celles qui en traitant des contrats administratifs, engage une étude comparative entre le droit français et un autre droit national. Ainsi d’après ces critères (dont la pertinence peut être discutée), nous avons retenu les thèses de : Éric DELACOUR (*La notion de convention de délégation de service public : essai de définition d’une nouvelle catégorie de contrat administratif*, 1997) ; Frédéric ROLIN (*Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, 1997) ; Valéry GOLLAIN (*L’identification des contrats de délégation de service public*, 1998) ; François LICHÈRE (*Les contrats administratifs entre personnes privées : représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif*, 1998) ; Laurent JULIEN (*L’autorité du droit des contrats administratifs*, 2001) ; Didier DEL PRETE (*L’avenant dans les contrats administratifs*, 2002) ; Moussa FALL (*Les pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats*, 2003) ; Laurent VIDAL (*L’équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, 2003) ; Grégory KALFLÈCHE (*Des marchés publics à la commande publique : l’évolution du droit des marchés publics*, 2004) ; Caroline SALLES (*L’évolution du droit des contrats publics au regard de la codification*, 2004) ; Rabab TAGEN (*L’équilibre financier des contrats administratifs*, 2004) ; Marion UBAUD-BERGERON (*La mutabilité du contrat administratif*, 2004) ; Frédéric LOMBARD (*La cause dans le contrat administratif*, 2006) ; Sandrine TRIGON (*L’équilibre, standard du droit des contrats administratifs*, 2006) ; Thomas PEZ (*Le risque dans les contrats administratifs*, 2006) ; Ludvine CLERC (*La validité des contrats administratifs*, 2007) ; Nicolas FOUILLEUL (*Le contrat administratif électronique : l’exemple des marchés publics*, 2007) ; Jean-François LAFAIX (*Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l’administration*, 2007) ; Karine PELGRIN (*Le contentieux de la fin du contrat : un droit à la recherche d’un nouvel équilibre contractuel*, 2007) ; Marianne THOREAU (*Le règlement amiable dans les contrats administratifs*, 2007) ; Hélène HEPFFNER (*La modification du contrat administratif*, 2008) ; Julien MARTIN (*Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs*, 2008) ; Joseph-Frank OUM OUM (*La responsabilité contractuelle en droit administratif*, 2008) ; Charles-Édouard BUCHER (*L’inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif : étude de droit comparé interne*, 2009) ; Fabien HOFFMANN (*La rupture du contrat administratif. Essai sur la pérennité des relations contractuelles en droit administratif*, 2009) ; Jean-Baptiste VILA (*Recherche sur la notion d’amortissement en matière de contrats administratifs*, 2009) ; Élise LANGELIER (*L’office du juge administratif et le contrat administratif*, 2011) ; Sophie RICHARD MISRAI (*Le critère financier et la qualification des contrats publics*, 2011) ; Eirini APSOKARDOU (*Le domaine de la loi et du règlement dans le droit des contrats administratifs*, 2012) ; Pierre BOURDON (*Le contrat administratif illégal*, 2012) & Émilie LABROT (*L’imprévision. Études comparées droit public-droit privé*, 2012).

administratif ou la théorie qui en rend compte. Une suivant une approche historique – celle (précitée) de M. SARLANDIE DE LA ROBERTIE¹³⁸ ; les six autres suivant une approche sensible aux mutations contemporaines – celle des professeurs DREYFUS¹³⁹ et BRENET¹⁴⁰, de M^{me} MARCUS¹⁴¹ et M. AMILHAT¹⁴², ainsi que deux autres moins souvent évoquées¹⁴³. Notre contribution s'ajoute à ces dernières, avec cette ambition d'exposer les premières sous un éclairage vivifiant. Elle s'inscrit par ailleurs dans un domaine de recherche qui ne cesse d'attirer l'attention en suscitant la préparation de nouvelles thèses. La nôtre en procède en accusant les inflexions doctrinales que connaît le droit des contrats administratifs de nos jours. Parmi les thèses que nous avons recensées (sur le site theses.fr), celles touchant au contentieux se font sensiblement plus nombreuses¹⁴⁴. D'autres, en touchant aux contrats publics, soulignent le déclassement sinon la concurrence que rencontre le concept de contrat administratif dans la manière dont le droit administratif est pensé¹⁴⁵. Cette dynamique semble accompagner la promotion d'un droit de la commande publique favorisé par le droit européen¹⁴⁶. Les thèses relatives aux marchés publics peuvent encore y être

¹³⁸ Pour rappel, il s'agit de la thèse intitulée : *Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif (1789-1964)* (2012).

¹³⁹ DREYFUS Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan, 1997 (université Panthéon-Sorbonne).

¹⁴⁰ BRENET François, *Recherches sur l'évolution des contrats administratifs*, op. cit. (2002).

¹⁴¹ MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, op. cit. (2010).

¹⁴² AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014 (université Toulouse 1 Capitole).

¹⁴³ Il s'agit des thèses de François BARLOY (*Le contrat et la norme juridique en droit public français : contribution à une théorie de l'unité du concept de contrat*, 1995) & Gaëtan GRACH (*L'unité des contrats privés et des contrats publics. Éclairage à partir de la formation du contrat*, 2014).

¹⁴⁴ À ce titre, signalons (par ordre alphabétique) les thèses de : Eissa ABD ELSALAM (*Le règlement des litiges survenant des contrats de partenariats public-privé*) ; Stéphanie DOUTEAUD (*Le juge administratif du contrat*) ; Robin FERRÉ (*Le rôle du juge dans l'identification du contrat administratif*) ; Abdramane KOUYATE (*Le recours du tiers contre le contrat administratif*) ; Vincent MAZZOCCHI (*Contrats de l'administration et juridictions financières*) ; Djamila MRAD (*Subjectivisation du contentieux et contrat administratif*) ; Pauline MULLER (*L'office du juge administratif dans la fin anticipée du contrat*) ; David RICCARDI (*Les sanctions contractuelles en droit administratif français*).

¹⁴⁵ À ce titre, signalons (par ordre alphabétique) les thèses de : Jonathan BENZAKKI (*La hiérarchisation des intérêts dans l'exécution des contrats publics d'affaires*) ; Guillaume BERTHIAS (*Concurrence et contrats publics*) ; Camille CUBAYNES (*La durée des contrats publics*) ; Jean-Baptiste FRONTZAC (*Les contrats publics des assemblées parlementaires*) ; Emmanuel KALNINS (*La stabilité des contrats publics d'affaires*) ; Sophie LIERE (*L'innovation technologique dans les contrats publics d'affaires*) ; Hanna SCHRÖDER (*Droit européen et contrats publics*) et Lucie SOURZAT (*L'aléa en droit des contrats publics*).

¹⁴⁶ À ce titre, signalons (par ordre alphabétique) les thèses de : Mustapha ABDELKRIM (*Droit de la concurrence et commande publique*) ; Steeve BATOT (*Le financement des contrats de la commande publique*) ; Mohamed BEN MBAREK (*Les dérogations aux règles de passation en matière de commande publique*) ; Mehdi BENZAKOUR (*L'administration et sous-traitance en matière de commande publique*) ; Gaëlle BOMASSI (*Vers l'avènement d'un droit français de la commande publique sous l'effet des exigences communautaires ?*) ; Vincent BRIDOUX (*L'interaction entre le droit de la commande publique et le droit de la concurrence de l'Union européenne*) ; Nathalie CARDUNER (*La transparence et la commande publique*) ; Dimitri DI FRANCESCO (*La doctrine administrative dans le droit de la commande publique*) ; Fassiath EL-HADJISSA (*L'effectivité et l'efficacité des principes de la commande publique*) ; Caroline GILLES (*Le Conseil constitutionnel et la commande publique*) ; Tarik HARAKAT (*Les accords de l'O.M.C. sur les marchés publics : source du droit des marchés publics – La commande publique face à l'ouverture des marchés*) ;

rapprochées¹⁴⁷. Soulignons, par contraste, une thèse qui porte en particulier sur la théorie générale du contrat administratif¹⁴⁸. Du reste, le concept de contrat administratif reste encore mobilisé pour traiter d'aspects particuliers à son exécution¹⁴⁹.

Serghina HAMMOUD (*L'instrumentalisation du droit de la commande publique : efficacité et efficience*) ; Ahmet KAYA (*Quel équilibre des droits dans la commande publique ?*) ; Jérôme SOULAT (*Les principes de la commande publique*) ; Edwin TACHLIAN-DEGRAS (*La catégorisation des contrats de la commande publique*) ; Esteban VARGAS MAZAS (*La nouvelle gouvernance de la commande publique*).

¹⁴⁷ À ce titre, signalons (par ordre alphabétique) les thèses de : Marc CAMPODIFIORI (*La négociation dans les marchés publics : un outil perfectible au service du pouvoir adjudicateur*) ; Sanaa ESSAOUIL (*Les conflits d'intérêts dans les marchés publics*) ; Ingrid FERRAIOLI (*L'exécution financière des marchés publics*) ; Renaud GAYTON (*La délimitation de la notion de marchés publics*) ; Margot GRIMANDI (*Les achats groupés et le droit des marchés publics*) ; Marie-Laure KORKUS (*La dématérialisation des marchés publics*) ; Alia JENAYAH (*Le contrôle de l'exécution des marchés publics*) ; Siva MOUTOUALLAGUIN-ALLAGAPACHETTY (*L'exécution des marchés publics*) ; Laura NOBILI (*L'emprise de la transparence sur la concurrence dans les marchés publics*) ; Marianna TASSONE (*La sélection des candidats en marchés publics*).

¹⁴⁸ Il s'agit de la thèse préparée par Carine VAYSSE (*Recherche sur la théorie générale du contrat administratif*).

¹⁴⁹ À ce titre, signalons (par ordre alphabétique) les thèses de : Quentin ALLIEZ (*La fin du contrat administratif*) ; Pierre BLANQUET (*Les sous-contrats de l'Administration*) ; Florent COURREGES (*Analyse économique du droit et contrat administratif : le principe de l'efficacité dans le raisonnement du juge du contrat*) ; Michael GRIENENBERGER (*Les avant-contrats administratifs*) ; Quentin JULIA (*La stabilité des contrats administratifs : analyse juridique et économétrique*) ; Joachim LEBIED (*La loyauté des relations contractuelles*) ; Pierre-Yves NAULEAU (*Le contrôle de l'exécution du contrat administratif*) ; Lilas TRIMUA (*La concession en droit des contrats administratifs*) ; Mohamed ZOUBERT (*Le principe de légalité et le principe de sécurité juridique en droit des contrats administratifs français*).

Paragraphe 4. – Présentation de notre problématique et du plan correspondant

- 24. Justification du titre.** – Il n’a pas été question de réaliser une histoire des contrats administratifs – voire des contrats de l’administration – en les abordant sous un point de vue normatif. Il n’a pas été question non plus d’entreprendre une histoire du droit des contrats administratifs, voire de la science des contrats administratifs. En nous désignant le sujet de la manière la plus large, nous avons souhaité embrasser les contrats de l’administration en rendant compte de la manière dont les administrativistes les ont mis en discours. C’est pourquoi le titre indique délibérément une dynamique par laquelle les contrats de l’administration sont devenus un objet de la doctrine administrative, c’est-à-dire un sujet doctrinal différemment profilé selon les époques. Mouvement non pas rationnel, comme s’il eût été impulsé par la marche du progrès ; mais un mouvement historique dont la charnière décisive – pour ce qui a trait à la conceptualisation du contrat administratif – se situe à l’Entre-deux-guerres. La première partie du titre (« Histoire doctrinale d’une mise en discours ») indique le sens de notre propos. Il ne s’est pas agi de présenter les définitions successives qui ont été avancées à propos des contrats de l’administration. Notre propos tend plutôt à montrer comment l’attention des administrativistes s’est appliquée aux contrats de l’administration, par des biais qui ont déterminé la compréhension qu’ils s’en sont faits. Notre conviction a été celle-ci : ces contrats n’ont pas constitué un droit spécifique qui, par sa seule existence, eût suscité l’intérêt des administrativistes ; ces derniers s’en sont souciés en discutant certains aspects du droit administratif. C’est en les attirant à des problématiques contemporaines – comme par exemple la légitimation du contentieux administratif – qu’ils ont eu l’occasion de les penser. C’est-à-dire selon la manière dont ces contrats – ou quelques-uns d’entre eux – ont été mobilisés pour développer telle ou telle thèse. En parlant de « mise en discours », il est question de souligner que les contrats de l’administration ont été saisis *via* les problématiques auxquelles ils ont été articulés. Si bien qu’ils ont été explicités sous des aspects divers, tous indiqués par leur corrélation avec la thèse défendue par l’auteur considéré. Cette relation où, d’une part, le contrat est caractérisé de manière à pouvoir justifier une thèse, et où, d’autre part, la thèse défendue oriente l’appréciation faite du contrat, cette relation donc a constitué l’essentiel de la dynamique par laquelle les contrats de l’administration ont été assimilés aux représentations faites du droit administratif. Le droit administratif a contribué à informer les contrats de l’administration, autant que ces derniers ont aidé les administrativistes à se le représenter. En ce sens, une histoire doctrinale des contrats de l’administration est intimement solidaire d’une histoire doctrinale du droit administratif. En outre, celle-là aide à se représenter la latitude dont les administrativistes ont disposé pour penser les contrats de l’administration. Leur

imagination a souvent évolué en considération des enjeux sous-jacents à leurs réflexions. Sans enfermer ces derniers dans un déterminisme quelconque, il s'agit de comprendre les ressorts de leurs doctrines, en démontrant que les contrats de l'administration ont été mis en discours à travers une trame discursive qui n'a cessé de les lier à des enjeux afférents au droit administratif. Traiter des contrats de l'administration, ce ne n'est jamais qu'embrasser le droit administratif sous un aspect déterminé. Moins qu'une histoire d'un certain concept, nous avons entrepris une étude historique sur les discours juridiques au centre desquels les contrats de l'administration ont été situés. À notre sens, la manière dont ils furent appréhendés au cours du XIX^e siècle, ne doit pas être appréciée au point de vue de la conceptualisation du contrat administratif par les administrativistes du siècle suivant. Comme si, au XIX^e siècle, la locution « contrat administratif » n'eût été qu'une idée brouillonne, esquissée par des administrativistes seulement capables d'intuitions, placées à la disposition de leurs successeurs pour être parfaites au travers de théorisations à venir. C'est à rebours de cette perspective que nous avons souhaité saisir la manière dont ils ont été pensés, pour convaincre de ce que leur histoire *doctrinale* ne peut être comprise qu'à travers une dynamique qui traverse l'ensemble du droit administratif. À notre sens, le concept de contrat administratif – tel que nous l'entendons aujourd'hui – est toujours affecté par les termes de sa genèse. Sa définition, somme toute assez simple, ne doit pas laisser penser qu'il s'agirait de lui en substituer une autre qui serait mieux appropriée au droit positif, pour repousser les critiques dont ce concept fait l'objet de nos jours. Le professeur PLESSIX l'a souligné à propos de la *summa divisio* que le contrat administratif contribue à formaliser.

- 25. Justification des bornes chronologiques choisies.** – Nous avons inscrit le *terminus a quo* dans le régime consulaire, c'est-à-dire l'extrême fin du XVIII^e siècle. Ce n'est pas dire que nous supposons qu'il n'y ait rien eu sous l'Ancien Régime qui pût retenir notre attention. Les thèses des professeurs MESTRE sur le *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence* (1976) et MONNIER sur *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII^e siècle* (1984) attestent du contraire. Des recherches succinctes nous ont convaincu de l'utilité qu'il y aurait à en entreprendre des travaux sur les fournisseurs et les munitionnaires de l'Ancien Régime¹⁵⁰. Souvent associées avec le recouvrement des impositions fiscales¹⁵¹, les

¹⁵⁰ Quelques rares travaux ont été entrepris à leur sujet, notamment la thèse de Jean-Éric IUNG : *Service des vivres et munitionnaires sous l'Ancien-Régime : la fourniture du pain de munition aux troupes de Flandre et d'Allemagne de 1701 à 1710* (thèse dactylogr., École des chartes – consultable aux Archives nationales sur autorisation de l'auteur : cote AB/XXVIII/779 ; cf. également : *Positions des thèses soutenues par les élèves de la promotion de 1983 pour obtenir le diplôme d'archiviste paléographe*, Paris, École des chartes, 1983, p. 113).

¹⁵¹ Nous renvoyons à ce titre aux travaux édifiants du professeur DESSERT (professeur à l'École navale), entrepris sur l'histoire financière de l'administration louis-quatorzième. Si les marchés de fournitures ont assez peu été considérés par les juristes qui se sont intéressés à l'Ancien-Régime, c'est précisément parce

entreprises de fournitures accusent des spécificités déroutantes pour notre regard. C'est pourquoi la définition des marchés de fournitures de l'État dans les deux premières décennies du XIX^e siècle posa de sérieuses difficultés aux administrativistes. Ainsi, il ne s'agit pas d'affirmer qu'il y a rien eu de significatif avant la Révolution française. Seulement, elle a emporté de si profonds bouleversements que nous n'aurions pu, sans des difficultés insolubles, mener nos travaux tels que nous les avons conçus en embrassant les deux siècles qui encadrent la Révolution française. D'une part, les normes dont les administrativistes ont discuté au cours des XIX^e et XX^e siècles sont, au plus, tardives de la décennie 1790. D'autre part, les sources doctrinales que nous nous sommes désigné ont été choisies suivant une méthode qui n'aurait pas été tout à fait opérante pour l'Ancien Régime. Il n'est pas question de sous-entendre, d'un autre côté, que la littérature administrative se présenterait pareillement sur les XIX^e et XX^e siècles. Néanmoins, pour être profondes, les mutations qui l'ont traversée ont emprunté des canaux institutionnels – telle l'Université napoléonienne – qui permettent des rapprochements, sinon des confrontations entre des périodes pourtant différentes au point de vue où nous nous y intéressons. Il eût été difficile d'interroger la littérature de l'Ancien Régime dans les mêmes termes que la littérature administrative des XIX^e et XX^e siècles. S'agissant de notre *terminus ad quem*, nous l'avons situé dans les années 1950-1960. C'est-à-dire à un moment où la théorie des contrats administratifs s'est imposée non seulement comme un discours juridique exclusif de tout autre, mais encore comme un canon académique dont sa réception fut consacrée par la réforme de l'enseignement universitaire. Cette période fut par ailleurs l'occasion de souligner des inflexions doctrinales dont certaines déterminent encore les problématiques contemporaines qui touchent notre droit administratif. Comme par exemple l'autonomie du droit administratif (dont celui des contrats), ou bien encore les relations entre la doctrine et la jurisprudence administratives. Par ailleurs, les années 1960 auxquelles s'arrête notre travail, sont concomitantes de la première codification des marchés publics. Le décret du 17 juillet 1964 (n° 64-729) a procédé au regroupement des règles communes à l'ensemble des marchés publics, ainsi qu'à la réorganisation des règles spéciales aux marchés de l'État. Le décret du 2 décembre 1966 (n° 66-887) y a adjoint les règles spéciales aux marchés des collectivités locales. C'est d'ailleurs à ce terme que M. SARLANDIE DE LA ROBERTIE arrête sa thèse (précitée) consacrée à la genèse historique du concept de marché public¹⁵². Nous ne sommes pas en accord avec lui lorsqu'il affirme que cette codification a favorisé la promotion d'un droit des contrats

qu'ils participent davantage d'une histoire financière à laquelle Michel BRUGUIÈRE n'est pas resté indifférent (pour ce qui concerne la Révolution française et la Restauration). Cette discipline a fait l'objet récemment de brillantes études, dont cependant il n'est pas question de rendre compte ici.

¹⁵² À l'inverse, le professeur KAFLECHE embrasse les marchés publics du début du XIX^e siècle jusqu'à nos jours, à travers une démarche propre à saisir les caractères d'un droit de la commande publique en formation (*Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics, op. cit.* (2004)).

administratifs¹⁵³. Selon nous – ainsi que nous nous justifierons dans le corps de nos travaux –, la pérennisation de la théorie des contrats administratifs résulte de son assimilation au programme de licence en droit, tel qu'il fut arrêté dans les années 1950. Il n'en reste pas moins que ce *terminus ad quem* épouse des mutations qui en soulignent la pertinence. Il a moins été question, en concluant notre thèse, de formuler quelques conclusions péremptoires, que de souligner la modernité à travers laquelle les problématiques rencontrées au milieu du XX^e siècle apparaissent rétrospectivement. Les bouleversements intervenus ultérieurement – nous pensons particulièrement à la construction européenne – en ont exacerbé les termes plutôt qu'ils n'en ont générées de nouvelles¹⁵⁴. En outre, ces décennies – en correspondant à ce que les contemporains ont vécu comme une « crise » du droit administratif – sont celles où la pérennisation de la théorie des contrats administratifs a coïncidé avec le développement d'une critique historique de sa genèse et de sa valeur. Ce terme chronologique se justifie donc d'autant plus qu'au-delà des années 1950, la poursuite de nos travaux impliquerait de s'attacher à une historiographie de la doctrine administrative relativement aux contrats administratifs.

- 26. Présentation du plan.** – À l'inverse de certaines thèses comme celles des professeurs FOULQUIER et GIRARD¹⁵⁵, nous avons adopté un rythme chronologique. Notre sujet nous conduisant à couvrir une période d'un siècle et demi, il a été question de soigner la clarté de notre démonstration en soulignant les mouvements successifs par lesquels les discours sur les contrats de l'administration ont été développés. La **première partie** porte sur le XIX^e siècle – des années 1800 aux années 1890. Notre ambition est de démontrer que sur cette séquence, les administrativistes n'ont pas ignoré les contrats de l'administration alors même qu'aucun d'entre eux n'a proposé une théorie d'ensemble. Il s'agira – notamment – d'expliquer pourquoi ils n'ont jamais été amenés à les penser à travers un prisme uniformisant ; et pourquoi certains les ont assez peu considérés, voire pas du tout. En d'autres termes, nous nous efforcerons d'explicitier la manière dont les contrats ont été successivement et diversement appréhendés ; et par quels processus ils sont devenus à partir des années 1830 un sujet doctrinal à part entière. Nous nous attacherons à démontrer que ces contrats ont été l'objet de doctrines pénétrantes, tout en se présentant sous un aspect déconcertant pour notre regard contemporain.

¹⁵³ Cf. SARLANDIE DE LA ROBERTIE Aloys, *Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif (1789-1964)*, *op. cit.* (2012), p. 527 *sq.*

¹⁵⁴ Cf. sur ce sujet la thèse de M. AMILHAT dans laquelle il argumente une opinion qui ne dissimule pas son scepticisme sur la pérennisation du concept de contrat administratif, à une époque où le droit de l'Union européenne esquisse de nouvelles partitions doctrinales constituées autour du concept de contrat public (*La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, *op. cit.* (2014), p. 457 *sq.*).

¹⁵⁵ Il s'agit respectivement des thèses suivantes : *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle* (2001) & *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral* (2012).

C'est pourquoi nous insisterons sur certains contrats en particulier – tels les marchés de fournitures de l'État. Pour cause, ceux-ci ont spécialement attiré l'attention des administrativistes qui, au travers des problématiques dont ils furent contemporains, ont eu l'occasion d'en préciser leur appréhension. Si les marchés de travaux publics ont été généralement ignorés dans notre travail, c'est parce qu'ils ont davantage été compris à travers les travaux publics. En outre, les singularités distinguant les marchés de fournitures de l'État – sur lesquelles nous reviendrons – ont suscité des réflexions plus abondantes qu'à propos des marchés de travaux publics. Tandis que ces derniers ont été liés au droit administratif sans trop de difficultés, les premiers ont souvent été rapprochés des contrats du droit civil. Aussi les administrativistes ont-ils fréquemment été amenés à en discuter. C'est dans une moindre mesure que nous abordons les baux administratifs. Nous en avons traité qu'autant qu'ils se sont trouvés être l'objet de débats doctrinaux disputés, et qui, presque toujours, ont touché à la définition de la compétence administrative. Par souci de cohérence avec les questions soulevées dans chacune des deux parties, les concessions ne sont abordées que dans la seconde. Du reste, elles suscitent la même remarque que pour les marchés de travaux publics : tout du long du second XIX^e siècle, elles ont été liées à la matière des travaux publics, sinon à la voirie. La **seconde partie** s'étend de la Belle Époque jusqu'aux années 1960. Nous nous sommes employé à démontrer que la théorie des contrats administratifs procède des problématiques propres à l'Entre-deux-guerres. Sa promotion a été concomitante d'une narration historique portée à présenter le Conseil d'État de la Belle Époque comme l'initiateur d'un concept du contrat administratif. C'est pourquoi nous nous sommes appliqué à infirmer au préalable cette historiographie, déployée rétrospectivement pour conférer une densité historique à une théorie concurrencée par d'autres. Les administrativistes de l'avant-guerre n'ont jamais manifesté l'ambition de concevoir un contrat spécifique qui fût autonome du droit privé. D'autant que le contrat fut marginalisé dans l'entreprise de (re)définition du droit public, portée par une doctrine publiciste soucieuse d'énoncer les termes de son autonomie vis-à-vis de la doctrine privatiste.

POSITIONS DE THÈSE¹

1. Au début du XIX^e siècle, les marchés de fournitures de l'État ont été appréhendés pour circonscrire l'administration publique en y isolant les fournisseurs. §.18 à 34
2. Au travers des critiques qui ont touché le Conseil d'État sous la Restauration, les marchés de fournitures de l'État ont été conçus comme un vecteur de l'action administrative. §.82 à 92
3. Une histoire doctrinale du XIX^e siècle doit être précédée d'une histoire des littératures administratives susceptible d'en expliciter les ressorts. §.101 à 107
4. Dans la première moitié du XIX^e siècle, une appréhension gestionnaire du droit administratif a conduit certains administrativistes à comprendre les contrats de l'administration comme un sujet doctrinal à part entière. §.161 à 174
5. Dans le deuxième tiers du XIX^e siècle, le contrat administratif a été formalisé par les administrativistes comme une locution coextensive du contentieux administratif. §.203 à 221
6. À partir du milieu du XIX^e siècle, les administrativistes ont marginalisé les contrats de l'administration en promouvant une représentation du droit administratif inédite. §.239 à 257
7. Avec l'abandon de la théorie de l'administrateur-juge, les attributions ministérielles pour l'exécution des marchés de fournitures ont été analysées comme des prérogatives exorbitantes du droit commun. §.278 à 297
8. À l'instar de leurs prédécesseurs, les administrativistes de la Belle Époque ont conféré aux contrats dits administratifs une acception purement contentieuse. §.316 à 323
9. Les arrêts *TERRIER*, *THÉRON* et *Société des granits* n'ont pas été fondateurs d'un concept du contrat administratif ; leur réception par la doctrine contemporaine corrobore cette hypothèse. §.334 à 351
10. Au cours de la Belle Époque, les contrats administratifs ont été abordés en considération de leur hétérogénéité, sans jamais susciter l'esquisse d'un concept générique. §.354 à 407
11. Les publicistes de la Belle Époque ont manifesté de la méfiance à l'endroit du contrat, alors employé par les privatistes à figurer le droit privé. §.419 à 469
12. Afin de contenir la théorie de l'imprévision hors du droit privé, les privatistes ont aidé les publicistes à concevoir un contrat administratif comme autonome par rapport au droit privé. §.481 à 507
13. Au cours de l'Entre-deux-guerres, la théorie de la gestion privée a été employée par le Conseil d'État pour retenir au contentieux administratif des contrats hétéroclites et confinant avec le droit privé. §.529 à 540
14. Contingente de l'Entre-deux-guerres, la théorisation des contrats administratifs procède de l'acculturation du contrat au droit administratif. §.541 à 564
15. La théorie des contrats administratifs a été assimilée à la pédagogie du droit administratif à partir des années 1950, avec la réforme des études en droit. §.586 à 589

¹ Autrefois, il était obligatoire de formaliser dans toute thèse de doctorat l'expression des « *positions* » soutenues par l'auteur. À la demande de notre directeur de recherches, ces aphorismes proposent, à titre introductif et incitatif, quelques-unes des idées ou propositions émises dans le présent travail.

PREMIÈRE PARTIE

LES CONTRATS DE L'ADMINISTRATION : LES NAISSANCES D'UN SUJET DOCTRINAL (1800-1890)

1. Les contrats de l'administration ne se sont pas présentés comme un objet du droit dont la manière de les désigner aurait été évidente pour les administrativistes. Les saisir au travers d'un certain discours, c'est toujours leur assigner des qualifications pertinentes au regard d'un certain propos. Ceux-là n'ont pas traité des contrats de l'administration indépendamment de quelques motivations propres à orienter leur manière de les appréhender. Il est nécessaire de considérer non pas seulement ce qu'il s'est dit de ces contrats, mais encore les raisons pour lesquelles certains s'en sont souciés. Souvent, ce ne fut pas pour tout dire de ces contrats, mais plutôt pour les attirer à certaines problématiques. Ces corrélations sont décisives pour saisir la portée des appréciations qui leur furent portées. En outre, il faut considérer que dans le premier tiers du XIX^e siècle, il n'y a eu que des enseignements universitaires intermittents, cantonnés pour l'essentiel à la faculté de Paris. L'administration n'a pas été l'objet d'une doctrine savante dont les diverses manifestations auraient convergé vers un savoir monolithique. L'essentiel des auteurs sont des administrativistes praticiens qui écrivent pour des praticiens par le biais d'ouvrages thématiques. La généralisation de l'enseignement universitaire du droit administratif au début de la Monarchie de Juillet, a suscité l'essor d'une littérature administrative fondée sur une didactique nouvelle. Enserres par des contraintes éditoriales spécifiques, leurs auteurs ont pu (et su) appréhender le droit administratif sous des aspects inédits, propres à permettre des systématisations. Pour apprécier cette inflexion, nous présenterons les littératures administratives dans toute leur diversité. Il s'agira moins d'être original que d'explicitier les ressorts de chacune, afin de prévenir les *a priori* qui en affectent encore la lecture. Ces développements sont *nécessaires* et *essentiels* à notre propos :

comment pourrions-nous entreprendre une histoire doctrinale sans nous attarder sur les sources auxquelles nous souhaitons recourir ? Y renoncer, ce serait entériner les préjugés qui conduisent à mésinterpréter les littératures administratives du XIX^e siècle. En abordant cette question dans le **troisième titre**, nous traiterons au préalable le premier tiers du XIX^e siècle en mobilisant des sources plus hétérogènes. Elles traduisent de la part des administrativistes des démarches hétéroclites qui nous décident à les regrouper dans les deux premiers titres de la présente partie. Ceux-là ne cherchent pas tant à développer une certaine représentation du droit administratif, qu'à penser l'administration publique à l'aune de préoccupations qui leur sont contemporaines. Ce sont – dans le **premier titre** – des administrativistes soucieux d'assigner à l'administration publique une individualité qui permette de préciser sa subordination au gouvernement ; et de singulariser l'action administrative en la dégageant par un côté du pouvoir politique, et par un autre des modes d'action caractéristiques du droit civil. Ce sont – dans le **deuxième titre** – des administrativistes qui prirent part aux critiques dont la justice administrative fut sujette sous la Restauration. Les marchés de fournitures de l'État ont été employés à étayer des points de vue antagonistes sur le Conseil d'État. Mis en discours différemment selon les thèses auxquelles ils furent attirés, ces marchés se sont prêtés à des appréciations diverses qui font tout l'intérêt de ces développements. Dans un **quatrième titre** et après avoir envisagé – comme indiqué plus haut – les littératures administratives, nous envelopperons les deux derniers tiers du XIX^e siècle. D'un côté, l'emprise sur le droit administratif d'une rationalité gestionnaire a conduit à faire des contrats de l'administration un sujet doctrinal à part entière. D'un autre côté, ils ont été appréhendés à travers le prisme du contentieux administratif, lui-même déterminant de la représentation faite du droit administratif. Cela étant, les systématisations savantes de ce droit ont été le fait d'universitaires qui se sont montrés perméables aux enjeux académiques. Avec la généralisation de son enseignement à partir des années 1830, le droit administratif fut le vecteur d'un savoir universitaire confronté à une concurrence académique dont la pression le cantonnait à n'être qu'un savoir mésestimé. La manière dont les contrats ont été mis en discours s'en est largement ressentie – surtout dans le second XIX^e siècle. Plus encore, certains de ces contrats ont été employés à débattre de certains aspects problématiques du droit administratif, propres à entretenir son discrédit auprès des juristes en général. Ce fut le cas des marchés de fournitures de l'État qui furent mobilisés à réprouver la juridiction ministérielle. Notre propos tendra à démontrer que si les contrats de l'administration n'ont pas suscité une théorie des contrats administratifs au sens où nous l'entendons aujourd'hui, ils ont fait l'objet de mises en discours plurielles, toutes indiquées par des enjeux traversant le droit administratif. En rendre compte, c'est comprendre comment et d'après quelles préoccupations ces contrats ont été compris par les administrativistes.

TITRE PREMIER

LES MARCHÉS DE FOURNITURES DE L'ÉTAT EMPLOYÉS À DÉFINIR L'ADMINISTRATION PUBLIQUE (1800-1830)

2. Les administrativistes – pour la période considérée – proposent rarement une définition des contrats de l'administration et, le cas échéant, ils ne paraissent pas y accorder une valeur telle qu'elle pût constituer la matrice d'une doctrine en puissance. Aussi ne faut-il pas leur reconnaître une importance que les administrativistes n'ont pas paru leur créditer, sauf à projeter une appréciation rétrospectivement déterminée et donc biaisée. En admettant, pourtant, que ces derniers ont déployé autour de ces contrats une intelligence quelconque, quoique différente de la nôtre, nous nous sommes toujours figuré que leur démarche fut signifiante. D'où cette interrogation : à quel(s) propos les administrativistes ont-ils traité des contrats de l'administration ? Celle-ci en appelant une autre : pourquoi certains les ont-ils à peu près négligés, si bien qu'aujourd'hui d'aucuns leur reprochent leur incurie ? Au lieu de se représenter des administrativistes qui n'auraient fait qu'assimiler des méthodes de l'Ancien Régime (souvent péjoratives dans nos esprits), il s'agit au contraire de leur supposer des motivations éminentes, qui n'ont cessé d'être déterminées par les conditions dans lesquelles leur vocation doctrinale s'est épanouie. La difficulté consiste à saisir des ouvrages pour lesquels l'idée même de « droit administratif » paraît inappropriée à certains égards. C'est en tenant compte des intentions de leurs auteurs que nous proposerons des hypothèses propres à comprendre la marginalisation dont les contrats de l'administration ont fait l'objet dans certains ouvrages (**chapitre 1**). En outre, les recueils de jurisprudence sont particulièrement précieux, car ils explicitent les principales questions à l'occasion desquelles les contrats de l'administration ont été réfléchis. Par leur biais, il s'agit d'apprécier comment ont été formalisés des qualifications faites à l'endroit des contrats de l'administration et qui, pour nous être familières, n'ont été rien moins qu'évidentes pour ceux qui les précisèrent. Car il ne fut pas question de poser des mots sur une réalité donnée en soi, mais plutôt de les présenter par l'énonciation des choses sous des aspects qui permissent d'articuler ces contrats à des problématiques contemporaines, relatives à l'administration publique. Nous ne considérerons que les contrats qui ont fait l'objet d'une attention particulière dans les recueils de jurisprudence, savoir les marchés de fournitures de l'État. Nous démontrerons à leur propos qu'ils ont été pensés afin de préciser les contours de l'administration, de sorte que les fournisseurs pussent être distingués des

Les marchés de fournitures de l'État employés à définir l'administration publique

agents administratifs (**chapitre 2**). Dans une plus large mesure, les administrativistes les ont employés à caractériser l'action administrative dont ils n'ont été qu'un vecteur. Ainsi conçus, les marchés de fournitures ont contribué à désigner un mode de gestion spécial à l'administration, propre à les différencier des baux administratifs (**chapitre 3**). Ce titre embrasse une période pertinente au regard de la problématique abordée. Elle n'a pas été déterminée par une périodisation historique.

Chapitre premier

Les contrats de l'administration, un sujet marginalisé

3. Pour expliciter les raisons d'après lesquelles les contrats de l'administration ont été si peu considérés, il faut s'attacher à la manière dont les administrativistes se sont représentés l'administration publique, en soulignant comment ils en rendirent compte dans leurs ouvrages respectifs (**section 1**). Car si ces contrats ont été effectivement appréhendés ici et là, ils ne l'ont été qu'à travers un certain point de vue. C'est-à-dire pour envisager une question qui préoccupait des administrativistes contemporains d'une administration dont on ne se figure pas assez la faiblesse derrière sa façade régulière : à savoir la subordination des agents administratifs (**section 2**).

Section première. – L'administration publique placée au cœur d'un dispositif institutionnel régulier

4. **Mise en valeur des sources employées.** – Si les administrativistes ont, sous l'Empire, peu considéré les contrats de l'administration, ce n'est peut-être pas tout à fait par incurie ou par leur impuissance à les organiser d'une quelconque manière à leurs propos¹. Il est plausible que leurs desseins ne s'y prêtèrent pas. C'est une hypothèse que nous souhaitons examiner, en supposant que la représentation qu'ils se sont fait du droit administratif n'était pas adéquate pour que les contrats de l'administration fussent mis en valeur tel que nous nous y prenons. Ils nous paraissent avoir poursuivi des préoccupations propres à marginaliser ces contrats comme un sujet accessoire à leurs propos. Ce n'est pour ainsi dire qu'accidentellement qu'ils en ont traités – à l'instar de PORTIEZ DE L'OISE² et Charles BONNIN³. À la différence de leurs contemporains, ils n'ont ni adopté une approche

¹ Cette thèse a été développée par le professeur PLESSIX qui a étudié comment la doctrine administrative a appréhendé les contrats au XIX^e siècle : *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 723 sq.

² Au sujet de Louis-François PORTIEZ (dit de l'Oise) (1765-1810), voir la notice biographique que lui consacre le professeur CLÈRE dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi que la thèse de M. GIRARD (*Louis-François PORTIEZ DE L'OISE, conventionnel, premier doyen de la faculté de droit de Paris*, 1953). Avocat avant que ne survînt la Révolution, il assumait sans discontinuité un mandat parlementaire à la Convention, au Conseil des Cinq-cents puis au Tribunat. À cet égard il adhéra autant à la réaction thermidorienne qu'au coup d'État de brumaire. Avec la fondation des écoles de droit, il fut nommé professeur à Paris (et chargé d'enseigner le cours de « droit civil dans ses rapports avec l'administration publique ») et doyen (1805).

³ Au sujet de Charles BONNIN (1772-1846), voir l'article de Pierre ESCOUBÉ (« Charles-Jean BONNIN, précurseur de la science administrative », in *Rev. adm.* 1958, p. 15).

circonscrite à une branche de l'administration⁴, ni conçu leur ouvrage sous la forme d'un dictionnaire⁵ – lorsque que ces deux aspects n'ont pas été associés⁶. Tandis que ces derniers ont conçu des usuels destinés aux administrateurs, les premiers se sont proposés un objet différent en développant une certaine représentation du droit administratif. L'expression même de droit administratif peut prêter à discussion pour cette époque⁷. Pourtant, ils ont saisi l'administration publique⁸ suivant un ordre de préoccupations partagées par leurs contemporains. En embrassant la législation administrative, ils ne s'attachèrent non pas tant à la saisir avec l'exhaustivité à laquelle les administrateurs pouvaient se montrer intéressés, mais plutôt à souligner certains aspects susceptibles d'incarner leurs ambitions doctrinales. En y portant notre attention, il sera plus facile de discerner les choix dont leurs ouvrages procèdent et, ce faisant, de comprendre pourquoi ils ont accordé aux contrats de l'administration si peu d'importance. En privilégiant le *Cours de législation administrative* de PORTIEZ DE L'OISE⁹ et les *Principes d'administration publique* de Charles BONNIN¹⁰, c'est dans une

⁴ Ainsi en est-il par exemple de l'*État actuel de la législation sur l'administration des troupes* de QUILLET (1803), relatif à l'administration militaire ; – du *Recueil des principales fonctions, devoirs et attributions des administrateurs des communes et des hospices* de CRIVELLI (1806-1807) et de l'*Instruction donnée par le préfet du département de Seine-et-Marne aux maires du département* de LAGARDE (1809, 2^e éd.), relatifs tous deux à l'administration municipale ; – du *Manuel des conseils de préfecture* de Simon (1810-1812), relatif à l'administration départementale.

⁵ Ainsi en est-il par exemple du *Code de compétence* de JOURDAIN (1797), du *Manuel administratif* de FLEURIGEON (1800 ; réédité à trois reprises sous le titre de *Code administratif*), ou bien du *Dictionnaire administratif* de DUFOUR (1808).

⁶ Ainsi en est-il par exemple du *Dictionnaire... de manutention des employés de l'administration de l'enregistrement et du domaine national* de DESORMEAUX (1802), ou encore du *Manuel alphabétique des maires, de leurs adjoints et commissaires de police* de DUMONT (an XIII-1805).

⁷ Charles BONNIN déplore cette expression qui semble avoir été employée pour désigner l'enseignement parisien de PORTIEZ DE L'OISE : « Beaucoup de personnes avaient faussement appelé cet enseignement droit administratif, pour dire la science administrative : droit administratif signifierait droit conféré à l'administration, ou qu'elle aurait comme autorité » (*Principes d'administration publique*, Paris, Renaudière, 1812 (3^e éd., 3 vol.), t. 1, p. 204). Toutefois ces controverses n'ont que peu d'incidences sur notre propos. Aussi les négligerons-nous en renvoyant à un article du professeur MESTRE qui traite précisément de cette question (« Aux origines de l'enseignement du droit administratif. Le “Cours de législation administrative” de PORTIEZ DE L'OISE », in *R.F.D.A.* 1993, p. 239).

⁸ L'administration publique doit s'entendre comme celle qui est directement placée sous la direction du gouvernement, afin de pourvoir à son action.

⁹ PORTIEZ (de l'Oise) Louis-François, *Cours de législation administrative, dans l'ordre correspondant à l'harmonie du système social, et à tous les points de l'existence civile et politique des individus, contenant l'exposé de l'organisation des diverses fonctions publiques, le tableau des attributions inhérentes à chacune de ces fonctions, leur compétence, le dispositif et l'application des lois qui leur sont particulières, sous le double rapport de l'état civil et du régime administratif*, Paris, Garnery, 1808 (2 vol.). Signalons à cet égard deux articles – ceux des professeurs MESTRE (précité dans la note précédente) & GILBERT (« Aux origines doctrinales du droit administratif : PORTIEZ DE L'OISE (1765-1810) », in *R.H.D.F.E.* 2007, p. 247).

¹⁰ L'édition *princeps* des *Principes d'administration publique* est titrée : *De l'importance et de la nécessité d'un Code administratif* (1808, 1 vol. ; édition apparemment introuvable), et la deuxième : *Principes d'administration publique, pour servir à l'étude des lois administratives, et considérations sur l'importance et la nécessité d'un Code administratif, suivis du projet de ce code* (1809, 1 vol.). La troisième édition (1812, 3 vol.) – à partir de laquelle nous avons travaillé – a fait l'objet d'un *compendium* paru en 1829. Signalons à cet égard deux articles – ceux de M. THUILLIER (« Les *Principes d'administration publique* de Charles-Jean BONNIN », in *Rev. adm.* 1992, p. 204) & du professeur MORAND-DEVILLER (« “Les *Principes d'administration publique*” de Charles-Jean

moindre mesure que nous emploierons les autres ouvrages – plus restrictivement réservés aux praticiens¹¹.

5. L'administration publique, conçue comme l'organe d'une société réglée. –

PORTIEZ DE L'OISE comme BONNIN – davantage le second que le premier – ont fait précéder leurs travaux d'une introduction où ils y ont rappelé l'origine contractualiste de la société. En mobilisant une certaine acception de la théorie du contrat social, il s'est agi d'imputer à l'administration un objet précis : celui de contribuer à la cohésion de la société en agissant continûment sur toutes ses parties, en réclamant à chacune « *la dette qu'[elles] ont contractée envers [la société, incarnée par l'État]* »¹². Si chaque citoyen a « *des devoirs à remplir envers l'État en général et envers ses co-associés* », l'administration veille au respect des « *obligations journalières, usuelles pour ainsi dire, qui se reproduisent dans tous les instans de l'existence sociale* »¹³. Suivant cette approche, son mode d'intervention est moins celui de la répression que celui de l'action permanente sur chacun des ressorts de la société. C'est pourquoi l'un comme l'autre insistent : « *Administrer, c'est agir* »¹⁴. La législation administrative est celle qui indique les contacts par lesquels l'administration adhère à la société pour l'informer. Les administrateurs doivent « *guider les autres dans la conduite de leurs affaires* »¹⁵ et « *avertir [les administrés] du moment [où ils doivent solliciter l'autorité publique], des occasions, des circonstances où le recours doit avoir lieu, et de [leur] apprendre la manière de procéder* »¹⁶. Charles BONNIN est habile à présenter l'administration non pas tant comme un organe oppressif des individus, qu'elle n'est destinée à exercer un office passif déterminé pour l'exécution des lois ; et dont l'objet n'est pas tant de comprimer leur liberté que celui d'oblitérer leurs antagonismes¹⁷. Elle est conçue comme une institution dont l'action concrétise

BONNIN », in *Rev. adm.* 1996, p. 8).

¹¹ Le professeur TOUZEIL-DIVINA a proposé une certaine typologie de la littérature administrative du XIX^e siècle, dont nous nous inspirons largement (cf. *La doctrine publiciste, 1800-1880 : éléments de patristique administrative*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2009).

¹² PORTIEZ (de l'Oise) Louis-François, *Cours de législation administrative...*, op. cit., t. 1 (1808), p. xi. Charles BONNIN ne défend pas autre chose lorsqu'il écrit : « *Sans le Gouvernement, institué pour veiller sur l'État, et sans l'administration, créée pour l'action du Gouvernement, (...) il serait impossible de concevoir la société même, puisque la société ne serait plus qu'un rassemblement fortuit, et passager même, de membres isolés, sans relations entre eux, et étrangers les uns aux autres. L'intérêt public (...) est le ciment qui lie les individus. (...) C'est donc dans cet intérêt public, assemblage naturel de tous les rapports individuels, qu'est le principe de l'organisation sociale, c'est-à-dire du Gouvernement et de l'administration* » (*Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 78).

¹³ PORTIEZ (de l'Oise) Louis-François, *Cours de législation administrative...*, op. cit., t. 1 (1808), p. xij.

¹⁴ *Id.*, p. 35. Cf. également BONNIN qui utilise la même expression (*Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1812), p. xxxij). Il érige d'ailleurs cette idée en tête des principes généraux dont il dresse la liste à la fin du deuxième volume de ses *Principes*, comme pour constituer un bréviaire à l'usage des administrateurs : « *3. L'administration publique est instituée pour veiller, dans chaque partie du territoire, aux personnes et aux biens dans leurs rapports publics, et les faire concourir à l'utilité commune. Son caractère est l'action* » (*id.*, t. 2 (1812), p. 273).

¹⁵ PORTIEZ (de l'Oise) Louis-François, *Cours de législation administrative...*, op. cit., t. 1 (1808), p. xij.

¹⁶ *Id.*, p. lij.

¹⁷ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 88.

le pacte social ou – pour le dire autrement – qui en renouvelle incessamment le principe en agissant sur les individus de sorte qu'ils pratiquent leurs intérêts en harmonie avec l'intérêt public et que, par cette inclination, ils travaillent à la cohésion de la société. « *Créée pour le maintien de la société même, l'administration publique est donc cette institution bienfaisante qui (...) entretient l'ordre parmi les hommes, qui assure leurs propriétés et leurs jouissances, qui rassemble tous les intérêts privés en un seul faisceau, et qui les fait concourir à l'intérêt général* »¹⁸. En ce sens, ces deux auteurs nous paraissent avoir été sensibles à l'égard d'une doctrine philosophique dont le professeur MARTIN a noté l'influence sur les rédacteurs du code civil : l'idéologie, c'est-à-dire ce qu'il définit comme la « science exacte des idées »¹⁹. Hégémoniques dans la culture officielle sous le Directoire, les idéologues ont favorisé une analyse hobbesienne de la société. Ainsi ont-ils été enclins à appréhender l'individu comme l'objet d'une mécanique sociale. Ce à quoi le code civil ne fut pas indifférent, tout comme – pensons-nous – la fondation de l'administration napoléonienne quelques années auparavant. À tout le moins, le propos des deux administrativistes précités nous semble correspondre à cet horizon doctrinal, destiné à discipliner les individus en ajustant leurs énergies, de sorte que la société fût un liant susceptible de contenir une conception pessimiste de l'homme en le soumettant à une pédagogie du pouvoir continuelle, indolore et pénétrante.

6. PORTIEZ DE L'OISE et BONNIN insistent sur un aspect qui n'est pas celui de la force coercitive d'autant plus douloureuse qu'arbitraire. S'ils prêtent à l'administration une figure autoritaire, c'est pour noter une action continue et intrusive dans le champ de l'individualité²⁰. En étudiant la genèse du pouvoir disciplinaire au XVIII^e siècle, Michel FOUCAULT a décomposé le phénomène disciplinaire pour le réduire à quatre caractéristiques. Dès lors il définit la discipline comme suit : « *Elle est cellulaire (par le jeu de la répartition spatiale) ; elle est organique (par le code des activités) ; elle est génétique (par le cumul du temps) ; elle est combinatoire (par la composition des forces)* »²¹. L'ouvrage de PORTIEZ DE L'OISE nous semble participer de cette ambition en esquisant au travers du système administratif des techniques disciplinaires qui se sont développées depuis le siècle précédent²². Ce rapprochement nous semble particulièrement opportun pour se représenter la manière dont le droit administratif fut conçu. Par l'effet d'une complémentarité avec l'usage fait droit civil au travers de sa codification, celui-là

¹⁸ *Id.*, p. 94.

¹⁹ MARTIN Xavier, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Martin-Morin, 2003, p. 25.

²⁰ *A pari* : BIGOT Grégoire, « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », in [collectif], *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Poitiers, Université de Poitiers, 2004, p. 25.

²¹ FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 2008 [1975], p. 196.

²² Michel FOUCAULT envisage d'ailleurs cette hypothèse en estimant que le régime napoléonien a tiré parti de la genèse de ces techniques disciplinaires (*id.*, p. 198). C'est aussi l'opinion du professeur BURDEAU (*Histoire de l'administration française du 18^e au 20^e siècle*, Paris, Montchrestien, 1994 (2^e éd.), p. 102).

paraît déployer à l'endroit des individus une technique disposée *in fine* à composer avec les actions individuelles pour les infléchir en un certain sens qui permette de donner corps à la société. – 1° Cellulaire, la législation administrative l'est en situant les administrés au travers d'un réseau d'autorités administratives recouvrant uniformément et régulièrement le territoire ; mais aussi en développant un savoir dont l'administré n'est qu'une occurrence déclinable en série : la statistique²³. – 2° Organique, elle l'est en investissant et en organisant divers aspects de la vie de l'individu²⁴ : le rapport à sa propre identité²⁵ ; le cadre des pratiques religieuses²⁶ ; la sécrétion de son utilité sociale par le truchement de l'enseignement²⁷ ; la manière dont il concrétise cette utilité par l'industrie qu'il exerce sur les choses²⁸ et comment la société l'y aide²⁹ ; la manière dont l'individu déclassé est aidé à recouvrer son utilité sociale, notamment par les entreprises de charité³⁰ ; la manière dont la subversion de quelques individus est réprimée³¹ ; et, enfin, le sacrifice de soi³² ou de ses biens³³ pour le profit de la société. – 3° Génétique, la législation administrative l'est aussi par la manière dont l'individu est appréhendé : comme nombre de ses contemporains, PORTIEZ DE L'OISE l'envisage « *par les diverses situations où il doit se trouver pendant son existence sociale* », de l'« *enfant* » jusqu'au « *décédé* »³⁴. – 4° Combinatoire, elle l'est enfin par le truchement d'une administration qui voit tout et commande à tout, aidée en cela par une organisation qui démultiplie l'effort et résorbe les résistances. De son

²³ PORTIEZ DE L'OISE comme Charles BONNIN consacrent de longs développements sur la statistique. Cf. respectivement : *Cours de législation administrative...*, *op. cit.*, t. 1 (1808), p. 116 *sq.*, et *Principes d'administration publique*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 2 (1812), p. 266 *sq.*

²⁴ Exposant en quoi l'action de l'administration sur l'individu est quotidienne, PORTIEZ DE L'OISE esquisse quelques-unes de ses interventions les plus salutaires : « *Observateur de la religion de ses pères, [l'individu] invoque les lois protectrices des cultes. Pauvre, il tourne ses regards vers les asyles ouverts, par la bienfaisance publique, à l'humanité souffrante. Riche, il paie à la société un tribut proportionné aux objets sur lesquels elle veille. Riche ou pauvre, la société lui donne l'instruction et l'appelle à sa défense. Absent, elle prend en main ses intérêts. Elle n'a pas souffert qu'ils fussent compromis pendant la période marquée par son enfance* » (« Discours prononcé par PORTIEZ DE L'OISE, directeur-professeur de l'école de droit de Paris, lors de la séance d'ouverture de l'École (26 novembre 1805) [rapporté et présenté par Michel REULOS] », in R.H.F.D. 1992, n° 13, p. 319).

²⁵ PORTIEZ DE L'OISE traite de l'état civil (*Cours de législation administrative ...*, *op. cit.*, t. 1 (1808), p. 135) et de l'état des personnes (*id.*, t. 2, p. 365).

²⁶ Il consacre un livre aux aspects séculiers de la vie religieuse (*id.*, t. 1, p. 154).

²⁷ Il consacre un livre à l'instruction publique (*id.*, t. 1, p. 209).

²⁸ Il consacre un livre aux diverses formes de propriétés, publique, communale et privée (*id.*, t. 2, p. 22).

²⁹ Il consacre un livre à l'industrie (*id.*, t. 2, p. 230), un autre au commerce (*id.*, t. 2, p. 254) et un dernier à la monnaie (*id.*, t. 2, p. 312).

³⁰ Il consacre un livre au secours des hôpitaux (*id.*, t. 2, p. 328).

³¹ Il consacre un livre aux polices administrative et judiciaire (*id.*, t. 2, p. 337).

³² Il consacre un livre à la conscription (*id.*, t. 1, p. 231).

³³ Il consacre un livre aux contributions (*id.*, t. 1, p. 274 & t. 2, p. 1).

³⁴ *Id.*, t. 1, p. xxxij-xxxijj. Il y insiste ailleurs : « *Le Droit public intérieur d'un état, détermine les rapports des grandes autorités, leurs prérogatives, leurs attributions ; mais l'individu a des rapports nombreux, fréquents, instantanés, des différents même avec l'état. Ici s'introduit une sorte de Droit mixte. (...) Entre les deux époques, toutes deux consignées dans les actes de la société, et entre lesquelles s'accomplit la destinée de l'homme, du berceau à la tombe, l'homme social est sous la surveillance journalière de l'administration. (...) L'homme social est administré tous les jours de la vie* » (« Discours prononcé par PORTIEZ DE L'OISE... », in R.H.F.D. 1992, n° 13, p. 319).

aveu même, l'administration est « assujetti[e] aux combinaisons certaines d'un calcul rigoureux. Cette rigueur, loin de ralentir la rapidité de la marche administrative, l'accélère au contraire, parce que, dégagée d'éléments accessoires, franchissant des intermédiaires embarrassants, l'œil attentif de l'administrateur saisit plus rapidement le résultat qu'il se propose »³⁵. Si nous nous sommes référé de préférence à PORTIEZ DE L'OISE dont l'œuvre éclaire davantage notre propos, Charles BONNIN développe pareillement une conception mécaniste de l'administration – ou que nous serions tenté de qualifier d'organiciste chez d'autres encore³⁶.

7. **Le spectre de l'Ancien Régime ou le souci de conjurer la « bureaucratie ».** – Cette interprétation que nous envisageons nous convainc qu'ils n'ont pas été ces auteurs sans relief, ennuyeux et dépourvus de toute pénétration – comme certains inclinent à le penser après la mésestime dans laquelle les cantonna Maurice HAURIOU³⁷. Cette approche est déterminante pour notre sujet, car elle permet seule de saisir pourquoi les contrats de l'administration y ont été négligés. En prônant qu'administrer, c'est agir, Charles BONNIN – qui en cela n'est pas si original – a traité de l'administration sous un angle qui permît de faire voir qu'elle pouvait maintenir, voire renforcer sa constitution en augmentant le nombre de ses agents. Quoique cette préoccupation puisse nous paraître fade aujourd'hui, elle suscita le plus vif intérêt chez des contemporains du début du XIX^e siècle dont bon nombre ont connu les vicissitudes de l'Ancien Régime. Certains auteurs en écrivant à la fin du XVIII^e siècle, ont vivement réagi contre ce qu'ils ont dénommé la « bureaucratie » – néologisme dont l'invention est attribuée au négociant VINCENT DE GOURNAY³⁸. C'est-à-dire la dissolution de l'administration par la fragmentation de son autorité – en proportion de la multiplication de ses intermédiaires – et, subséquemment l'anémie de sa puissance³⁹. La conception que Charles BONNIN se fait de l'administration traduit pour une large part cette aversion tout à fait compréhensible pour celui qui s'efforça de développer les termes d'une science administrative, puisque la « bureaucratie » ne

³⁵ PORTIEZ (de l'Oise) Louis-François, *Cours de législation administrative ...*, op. cit., t. 1 (1808), p. xxv.

³⁶ Joseph CRIVELLI – administrateur dans le département de Marengo sous l'Empire – présente l'administration d'une manière similaire : « Tout se lie, tout se tient, tout se touche dans l'Administration publique. L'esprit du Magistrat consiste à gouverner l'homme dans toutes ses positions pour communiquer avec le moindre mouvement la rapidité nécessaire aux affaires et guider sa fibre morale du côté de l'intérêt général » (*Recueil raisonné des principales fonctions, devoirs et attributions des administrateurs des communes, et des hospices, etc., etc., à l'usage de Messieurs les Maires, Adjoints, Conseils municipaux, Commissions administratives des hospices, Commissaires de police, Percepteurs des communes, et Secrétaires des Mairies*, Verceil (Italie), Ceretti, 1806-1807 (8 vol.), t. 1, p. 1-2).

³⁷ HAURIOU Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », in *R.G.A.* 1892, II, p. 385.

³⁸ S'agissant de la bureaucratie, nous indiquons les travaux de M. THUILLIER qui en a traité au travers d'une histoire de l'administration. Cf. notamment : *La bureaucratie en France aux XIX^e et XX^e siècles* (Paris, Économica, 1987, p. 5 sq.)

³⁹ Cf. BIGOT Grégoire, « Bureaucratie (1789-1870) », in [collectif], *Études offertes au professeur René HOSTIOU*, Paris, Litec, 2008, p. 11.

permet plus d'imputer l'autorité, ni de suivre la circulation de son impulsion à travers les différents corps de transmission, ni d'en contrôler les effets. Il est malaisé de comprendre ce dernier si l'on ne le confronte pas à des auteurs qui en le précédant de peu, ont précisément critiqué ce qu'il s'efforce de conjurer. Ainsi par exemple Jacques PEUCHET⁴⁰, dont Charles BONNIN était un lecteur assidu⁴¹.

La *burocratie* est (...) une forme d'administration abusive, une espèce de gouvernement, connue seule en France, de la manière qu'elle y existe. (...)

C'est la *burocratie* qui a produit en France tous les maux dont on se plaint. C'est elle qui entretient cette séparation injurieuse qui règne entre l'administration & la nation. (...) C'est au milieu des entraves, que l'intérêt des burocrates donne à la liberté, à la raison, qu'est née cette ignorance nationale, dans tout ce qui a trait au gouvernement⁴².

C'est précisément à l'encontre de cette dégénérescence que Charles BONNIN applique tous ses efforts. En saisissant l'administration publique, il s'efforce à faire voir toutes les précautions déployées pour contenir l'inclinaison naturelle par laquelle ses agents sacrifient à leurs fonctions en se laissant aller à leur individualité, c'est-à-dire en donnant à leur égoïsme tendanciel.

8. En s'inscrivant dans une thématique de réflexions engagée dès le milieu du XVIII^e siècle⁴³, Charles BONNIN n'a pas pensé qu'une administration puisse exister sans une stricte subordination qui garantisse que l'autorité ne fût pas dénaturée dans son exercice, voire subvertie. Les efforts dont il fait montre pour caractériser l'existence d'une science administrative, sont employés à parer une bureaucratisation dont il réalise la menace pour l'administration ; ainsi qu'à dissiper les préjugés qu'elle s'est attirée et qui découragent ses contemporains à penser son fonctionnement comme s'il pouvait être l'objet d'une science exacte. Ainsi dénonce-t-il « *les allégations fausses de ces esprits routiniers et superficiels qui n'ont toujours vu dans l'administration que la bureaucratie ou l'arbitraire de l'autorité* ». Ses *Principes d'administration publique* tendent précisément à « *détruire [cette] erreur d'autant plus funeste, que cette erreur fut dans tous les tems la cause des abus de pouvoir, des plaintes des peuples, et trop souvent aussi celle des révolutions des États* »⁴⁴. En

⁴⁰ Quoique cet auteur ne soit pas essentiel à notre propos, nous signalons l'étude qu'Ethel GROFFIER lui a récemment consacrée : *Un encyclopédiste réformateur : Jacques PEUCHET (1758-1830)* (Québec, Presses de l'université de Laval, 2009).

⁴¹ Charles BONNIN n'ignore pas Jacques PEUCHET auquel il se réfère explicitement en citant l'un de ses ouvrages : *Statistique élémentaire de la France* (1805) (BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 2 (1812), p. 171).

⁴² PEUCHET Jacques, « Burocratie », in [collectif], *Encyclopédie méthodique, ou par ordre de matières ; par une société de gens de lettres, de savans et d'artistes ; précédée d'un vocabulaire universel, servant de table pour tout l'ouvrage, ornée des portraits de MM. DIDEROT & d'ALEMBERT, premiers éditeurs l'Encyclopédie [Jurisprudence]...*, Paris & Liège, Panckoucke & Plomteux, 1782-1791 (10 vol.), t. 9 (1789), p. 457-458.

⁴³ Cf. MESTRE Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, P.U.F., 1985, p. 167 sq.

⁴⁴ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1812), p. xv.

profilant le portrait idéalisé de l'agent administratif⁴⁵, ses propos font écho avec certaines des réflexions de Jacques PEUCHET, critiquant la bureaucratie.

Un commis [devrait être] (...) un homme mis par le supérieur, au rouage de la machine politique, pour en soutenir la marche. Ce serait un être passif comme il doit l'être : ses occupations seraient limitées, circonscrites, & ses passions particulières n'auraient aucune influence sur la chose commune, son intérêt serait sans moyen de faire tourner à son avantage personnel, les détails qui lui sont confiés⁴⁶.

L'administration publique doit être une institution *passive* quant à son libre arbitre, *active* dans les entreprises qui lui sont commandées. Charles BONNIN perçoit avec une vive acuité le danger auquel est exposée une administration lorsqu'elle n'est pas constituée d'après des principes qui garantissent la subordination des agents administratifs vis-à-vis du gouvernement. L'administration « *est passive, comme volonté, mais active, comme exécution* »⁴⁷. La description anatomique qu'il en fait tend à s'assurer que ses agents ne puissent jamais s'ériger en une mosaïque d'autorités autonomes, au lieu de demeurer des commis fidèles du gouvernement⁴⁸. Une mécanique de l'obéissance préside à l'architecture de l'administration, conçue de sorte que les administrateurs ne puissent jamais détourner à leur profit les prérogatives dont ils sont investis⁴⁹. Cette économie du pouvoir n'est pas seulement tournée en faveur du gouvernement. D'un côté certes, il s'agit de s'assurer qu'il ne soit pas affaibli par ceux même en qui il escompte sa puissance exécutive. De l'autre, il s'agit de parer au discrédit auquel il s'expose si par une organisation vicieuse, il condamne les administrés au despotisme de quelques administrateurs. C'est dire que Charles BONNIN – en particulier – n'est pas soucieux de légitimer une conception autoritaire de l'État en soulignant la soumission des administrés. D'ailleurs la locution « droit administratif » lui paraît inadéquate en tant qu'elle « *signifierait droit conféré à l'administration, ou qu'elle aurait comme autorité* », si bien qu'il réproche la dénomination donnée à l'enseignement de PORTIEZ DE L'OISE : « *Beaucoup de personnes avaient fausement appelé cet enseignement droit administratif, pour dire la science administrative* »⁵⁰. Aussi d'après la perspective qu'il se choisit pour saisir l'administration, ses contrats sont moins appréhendés comme un moyen de solliciter l'industrie privée, qu'ils ne sont conçus comme un vecteur du pouvoir administratif. Assimilés aux actes

⁴⁵ BONNIN consacre plusieurs chapitres à l'instruction des administrateurs (*id.*, t. 2 (1812), p. 258 *sq.*).

⁴⁶ PEUCHET Jacques, « Bureaucratie », in [collectif], *Encyclopédie méthodique...*, *op. cit.*, t. 9 (1789), p. 458.

⁴⁷ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 89.

⁴⁸ En ce sens, le professeur ROSANVALLON estime que « *c'est le principe même d'un pouvoir intermédiaire beaucoup plus que l'existence d'une machine complexe* » que la bureaucratie permet de critiquer (*L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, 1993 [1990], p. 54-55). Pour approfondir le sujet, cf. l'ouvrage précité du professeur BURDEAU relativement « *aux avatars du pouvoir administratif* » (*Histoire de l'administration française...*, *op. cit.* (2^e éd., 1994), p. 253 *sq.*).

⁴⁹ *A pari* : BURDEAU François, « Pouvoir administratif et droit public français. II. L'administration napoléonienne et le souci de la régularité », in *Giornale di Storia Costituzionale* 2002, n° 3, p. 25.

⁵⁰ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 204.

administratifs – autrement dit aux actes imputés à l'autorité administrative –, ils sont évoqués en tant qu'ils confèrent une latitude d'action aux administrateurs, laquelle doit être serrée au plus près. C'est pourquoi, il nous faut présenter sous quels aspects les actes administratifs ont été traités par ces auteurs.

Section 2. – Les actes de l'administration publique appréhendés au regard d'une conception hiérarchisée

9. Le pouvoir de destitution : la réprobation d'un dispositif répressif délétère. –

« *Le Gouvernement est plutôt dirigeant et surveillant que agissant par lui-même* »⁵¹, quand l'administration exécute purement et simplement ses instructions, ou prend des initiatives qui ne sont converties en actes administratifs qu'autant qu'ils sont confirmés par le gouvernement. Charles BONNIN justifie l'ensemble de l'organisation administrative par cette difficulté : donner à l'administration les moyens d'agir, et au gouvernement l'assurance qu'elle respecte ses directives. Pour ce faire, deux dispositifs : la nomination et l'acte administratif. Le premier de ces deux modes de contrôle nous intéresse assez peu. Brièvement, les nominations sont toutes à la discrétion du prince, c'est-à-dire du chef de l'exécutif.

Tous les fonctionnaires dans l'ordre administratif sont et doivent être à la nomination du prince, parcequ'ils sont ses agens directs pour l'exécution des lois et la gestion des affaires publiques, et parceque, étant garant de leur gestion, le choix doit lui en être abandonné. (...)

Étant et devant être à la nomination du prince, ils sont conséquemment révocables à sa volonté ; car, si le prince doit avoir le choix de ceux qui méritent sa confiance, cette faculté entraîne nécessairement avec elle celle de remercier ou de destituer ceux qui, par leur négligence ou leur conduite, ont perdu la confiance qu'il leur avait accordée⁵².

Le rôle éminent du gouvernement sur l'administration ne représente pas cependant le seul vecteur du dispositif disciplinaire dont celle-ci est enserrée. Sans en minorer l'importance, le pouvoir de destitution qui est le corollaire du pouvoir de nomination est dispendieux par les perturbations qu'il occasionne dans la régularité du service. FLEURIGEON – chef de bureau de la première division du ministère de l'intérieur – sensibilise les administrateurs sur les effets délétères de ce moyen répressif qui, pour être utile en certaines circonstances, n'est que trop souvent inefficace. À trop souvent y recourir, il empêche que l'administration ne se perfectionne et ne s'améliore par la capitalisation de l'expérience⁵³.

⁵¹ *Id.*, p. 87.

⁵² *Id.*, p. 152 et 153. PORTIEZ DE L'OISE estime suivant le même état d'esprit que « *tout ce qui tend à multiplier les ressorts, à compliquer les rouages de la machine, gêne son action [celle de l'administration] et doit être écarté. (...) L'exécution confiée à l'administrateur, dans les autorités secondaires, est une conséquence juste et nécessaire du mode actuel du Gouvernement. Les rênes de l'Empire étant confiées à un Empereur, comment les tiendrait-il avec fermeté, s'il n'avait pas une confiance entière dans les hommes qui doivent exécuter sous ses ordres ? C'est donc à lui à juger de leur capacité, et à nommer les agens destinés, par la nature de leurs fonctions, à recevoir et à transmettre les mouvemens de la puissance exécutive* » (*Cours de législation administrative...*, *op. cit.*, t. 1 (1808), p. 35-36).

⁵³ À propos de la stabilité de l'administration napoléonienne et de l'appréciation de son efficacité par le développement de méthodes spécifiques, voir l'*Histoire de l'administration française* de Guy THUILLIER & Jean TULARD (Paris, P.U.F., 1984 (1^{re} éd.), p. 19 *sq.*), ainsi que l'*Histoire de l'administration française* de François BURDEAU (*op. cit.* (2^e éd., 1994), p. 96 *sq.*). Cf. spécialement : ARDANT Gabriel, « NAPOLÉON et le rendement des services publics », in *Revue de défense nationale* 1953, p. 166.

Ne reposez jamais votre sollicitude (...) sur la faculté que vous avez de révoquer ceux qui ne répondent pas à votre confiance ; les destitutions souvent répétées, sont destructrices de toute confiance dans l'administration générale ; de tout bien de la part d'administrateurs qui ont à peine le temps de s'instruire de leurs nombreux devoirs ; de toutes vues, de toute amélioration, de tout établissement de bien public qui exigent quelque suite, une unité de zèle, de principes, et quelques fois même de courage.

Ces révocations entravent indubitablement et journellement l'activité de l'administration dans sa marche la plus ordinaire et relativement à toutes les parties ; compromettent habituellement les services les plus essentiels ; rendent incertains, découragent même les fonctionnaires et paralysent leur zèle, malgré leur amour pour la chose publique⁵⁴.

10. Bon nombre des préfaces, introductions ou observations liminaires qui précèdent les ouvrages destinés aux administrateurs signalent – avec plus ou moins d'insistance – ce thème⁵⁵. En écho à la diffusion des circulaires et instructions ministérielles dont ceux-ci facilitent la publicité, leurs auteurs soulignent la vertu d'une pédagogie disciplinaire, dont le but recherché est de s'assurer des administrateurs tout à la fois plus compétents et plus scrupuleux dans l'application des ordres. Ce qui revient au même puisque la soumission de l'agent administratif commence à partir du moment où il est correctement instruit de ses devoirs⁵⁶. L'efficacité de cette pédagogie repose moins sur la menace des sanctions auxquelles les administrateurs malhabiles seraient exposés, que sur l'instruction continuelle de leurs devoirs par des chefs vigilants. Dans un ouvrage adressé aux administrateurs de l'enregistrement et du domaine national, DESORMEAUX fait part de ce qu'il est « *convaincu que les menaces inquiètent leur zèle [celui des agents], et nuisent souvent plus à leur activité qu'elles ne l'excitent* ». C'est non seulement en assurant la publicité de leurs devoirs (à laquelle contribuent de tels dictionnaires), mais également par la disposition d'une pédagogie pénétrante de psychologie que l'auteur se propose de guider « *les employés dans toutes les opérations mécaniques de leurs fonctions* »⁵⁷. Ancien sous-préfet, le député LALOUETTE résume les efforts de ses prédécesseurs en faisant voir que l'administration ne résulte pas d'un

⁵⁴ FLEURIGEON, *Manuel administratif, ou Recueil par ordre de matières de toutes les dispositions des Lois nouvelles et anciennes encore en vigueur jusqu'en germinal an 9, relatives aux fonctions administratives et de police des Préfets, Sous-Préfets, Maire et Adjointes, Commissaires de police, et aux attributions des Conseils de préfecture, de Département, d'Arrondissements Communal et de Municipalité ; contenant les instructions et décisions des autorités supérieures, et la solution des principales difficultés, ou des doutes, relatifs à l'exécution des Lois et des actes du Gouvernement*, Paris, Rondonneau, an IX (1800-1801) (3 vol.), t. 1 [de la partie administrative], p. 7.

⁵⁵ Avec le *Manuel administratif* précité de FLEURIGEON (plus connu, à partir de 1806, sous le titre : *Code administratif*), l'ouvrage du sous-préfet et député LALOUETTE (*Éléments de l'administration pratique*, 1812 ; réédité en 1817 sous le titre *Classification des lois administratives*), sont de ceux qui prônent avec le plus de force une gestion du personnel administratif moins sévère et plus sentie dans ses effets. Cf. à cet égard les « *Principes et règles d'administration publique* » placés en tête des *Éléments de l'administration pratique* (précité) de LALOUETTE.

⁵⁶ Charles BONNIN appelle de ses vœux que les employés de l'administration soient plus instruits – mais de cette instruction qui « *transformerait leurs places en emplois directs dans la hiérarchie administrative* » (*Principes d'administration publique, op. cit.* (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 195).

⁵⁷ DESORMEAUX C.-P., *Dictionnaire raisonné de manutention des employés de l'administration de l'enregistrement et du domaine national*, Paris, Perronneau, an XI (1802), p. vi-vij.

code précaire. Lui correspond une « *science qui a ses principes, ses règles, ses mots, son style, ses formules, sa théorie* »⁵⁸. Les agents employés à son service sont amenés à s'imprégner de « *l'esprit d'administration* », afin que chacun d'entre eux « *connaisse le mécanisme de son action, qu'il en parle le langage, et en ait le style* »⁵⁹. Autrement dit, il suggère qu'ils intériorisent les ressorts de l'administration, de sorte qu'ils s'y identifient tout à fait jusqu'à obérer leur individualité. Dispersées et d'inégales valeurs, ces diverses exhortations n'en sont pas moins remarquables. Elles témoignent d'un infléchissement – sensible depuis le second XVIII^e siècle – qui atteste de ce que l'agent administratif est devenu l'objet de soins méticuleux, sous-tendus par cette idée qu'une administration efficace et strictement subordonnée suppose des agents instruits de leurs attributions et formés à un esprit qui en normalise le profil. Du reste, cette pédagogie est surtout du ressort d'initiatives privées. Si les écoles de droit ont dispensé un enseignement sur le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique, celui-ci fut moins destiné aux administrateurs qu'aux juristes. En outre, il paraît avoir été négligé par le corps professoral⁶⁰.

- 11. Les actes administratifs : le vecteur d'une discipline réformatrice.** – L'acte administratif est au cœur de cette économie des moyens répressifs. C'est par son biais que les agents administratifs sont soumis à un dispositif disciplinaire conçu comme le vecteur d'un perfectionnement. C'est en ce sens que FLEURIGEON reproduit une déclaration du gouvernement s'essayant à évacuer l'esprit partisan qui, dans le contrôle des actes administratifs, produit des effets pernicioseux pour l'administration⁶¹. Charles BONNIN est de ceux qui ont souligné la fonction à laquelle se prête l'acte administratif dans la subordination de l'administration au gouvernement. Certes, il n'en propose aucune définition synthétique – tandis que d'autres pourtant s'y essayent⁶². Tout en parlant alternativement de décision ou d'acte administratifs, il

⁵⁸ LALOUETTE Claude-Joseph, *Éléments de l'administration pratique*, Paris, Le Normant, 1812, p. 1. En faisant la présentation de cet ouvrage devant le Corps législatif (18 février 1813), le baron PETIT DE BEAUVERGER indiquait à sa façon que l'administration est comme l'art de rendre les choses uniformes (à commencer par les agents) afin que son fonctionnement fût régulier : « *Dans un empire aussi bien organisé, il en est des idées et des expressions administratives comme des monnaies ; elles doivent circuler sur tous ses points avec les mêmes valeurs* » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises imprimé par ordre du corps législatif*, Paris, Dupont, 1862-1913 (2^e série, 127 vol.), t. 11 (1867), p. 227).

⁵⁹ LALOUETTE Claude-Joseph, *Éléments de l'administration pratique*, *op. cit.* (1812), p. 7. C'est d'ailleurs une espèce de catéchisme qu'il délivre en début d'ouvrage. Il y dresse les vertus dont les administrateurs doivent être pourvus, telles la patience et l'émulation. Pour cet auteur, « *un supérieur n'est jamais plus grand que quand il élève ses inférieurs* » (*id.*, p. 9).

⁶⁰ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen FOUCAULT (1799-1860)*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 16 sq. & p. 98 sq.

⁶¹ FLEURIGEON, *Manuel administratif...*, *op. cit.*, t. 1 [de la partie administrative], p. 5.

⁶² À la même époque, C.-P. DESORMEAUX propose une définition de l'acte administratif – toute orientée par l'objet de son ouvrage. Selon cet auteur, il ressort « *de tout ce qui est prononcé ou arrêté par écrit, par le gouvernement, ses ministres, les préfets, sous-préfets et municipalités, en matière d'administration publique* » (*Dictionnaire*

suggère toutefois que l'acte d'administration est le média par lequel l'administration informe sa cohérence. Autrement exposée à une dissolution de ses organes, l'exécution conforme et uniforme des directives du gouvernement trouve sa garantie dans un contrôle consciencieux des actes administratifs. De fait, ce qu'il appelle « *décision* », c'est la tâche « *d'approuver et valider, d'infirmer et rejeter les actes qui ont besoin de vérification ou d'approbation ; d'annuler ceux contraires aux lois, aux réglemens ou aux décisions supérieures* »⁶³. Décider, c'est se prononcer sur les actes pris par les administrateurs subordonnés, pour qu'il n'y ait aucun hiatus entre une directive originelle et ses applications terminales⁶⁴ ; c'est s'assurer que l'action administrative s'exerce continûment sans que les agents ne la dénaturent en appréciant les conditions de leur exécution. Tout au long de son ouvrage, Charles BONNIN maintient que la perfection de l'administration réside dans l'inaltérabilité des ordres. Les administrateurs doivent être de purs exécutants ; aucun de leurs actes ne peut produire d'effets tant qu'il n'a pas été approuvé par une autorité supérieure, ce jusqu'au ministre⁶⁵. Le préfet qui administre immédiatement après celui-ci, ne « *peut prendre d'arrêtés qu'en exécution des lois et réglemens* » car autrement « *il romprait l'unité d'exécution* »⁶⁶. Et ceux des actes administratifs « *qui ne sont pas une simple exécution des lois et des décrets, doivent être revêtus de l'approbation du Ministre de l'intérieur, d'après ce principe que le préfet a l'exécution des lois et des*

raisonné des matières de législation civile, criminelle, de finance et administrative, Paris, Rondonneau, an XI-1806 (10 vol.), t. 1, p. 61 (v^o Acte)). Il précise peu après qu'ils « *consistent dans ceux faits par les ministres, les préfets et sous-préfets, et par les administrations municipales, relativement aux opérations administratives qui leur sont confiées. (...) Les uns se composent de tous ceux concernant l'ordre public, tant intérieur qu'extérieur, tels qu'arrêtés de police administrative, proclamations, rôles de contributions, actes relatifs à des fonctionnaires (...) ; ceux ayant rapport à l'exercice des droits politiques, etc. (...) Les autres consistent dans les actes qui sortent de l'ordre général administratif, tels que tous ceux où il intervient de tierces parties pour s'obliger, stipuler sur leurs intérêts particuliers, soit pour rendre compte, acheter, se faire affermer, se faire adjudger un marché, une entreprise ; ceux par lesquels les administrations traitent d'une manière quelconque, à l'occasion de leurs revenus ; ceux faisant titre à des particuliers, et généralement tous actes dont les tierces parties supporteraient les droits, si elles les consentaient envers tous autres que les corps constitués* » (*id.*, p. 77-78).

⁶³ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 167.

⁶⁴ Les préfets ont spécialement été institués à cet effet. FLEURIGEON rapporte une lettre du ministre de l'intérieur destinée aux préfets, dont l'un des objets est de les convaincre de ce qu'ils sont le principal ressort d'une discipline sans laquelle le Gouvernement perd de sa puissance tout en diminuant son emprise sur des administrés moins bien disposés à son égard. « *Les préfets sont (...) tout à la fois des sentinelles vigilantes et des agens actifs. (...) C'est par leurs soins que [le Gouvernement] peut apprendre les abus qui existent. (...) C'est dans cette vue que le Gouvernement a voulu qu'ils visitassent, chaque année, les communes de leurs départemens respectifs, pour voir par eux-mêmes si les autorités secondaires exécutent les lois. (...) Ils doivent s'informer, près des citoyens, s'il y a des sujets de mécontentement et de plaintes ; y satisfaire promptement s'ils sont fondés, car de la bonne et prompt justice dépend l'attachement et l'amour des citoyens pour le Gouvernement ; ou s'ils ne sont que les clameurs du préjugé, donner les explications nécessaires pour démontrer l'injustice de ces plaintes* » (*Code administratif, ou recueil par ordre alphabétique de matières, de toutes les lois nouvelles et anciennes, relatives aux fonctions administratives et de police, des préfets, sous-préfets, maires et adjoints, commissaires de police, et aux attributions des conseils de préfecture, de département, d'arrondissement communal et de municipalité, jusqu'au 1^{er} janvier 1806, avec les instructions et décisions des autorités supérieures, et la solution des principales difficultés, ou des doutes, relatifs à l'exécution des lois et des actes du gouvernement*, Paris, Garnery, 1806 (1^{er} éd., 7 vol.), t. 1 [de la partie relative à l'administration], p. 35).

⁶⁵ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 146.

⁶⁶ *Id.*, p. 175.

décrets, mais qu'il ne peut suppléer à cette exécution par ses propres décisions »⁶⁷. La latitude des agents administratifs leur est méticuleusement concédée dans la mesure où elle est strictement nécessaire, si bien qu'ils ne puissent jamais fragiliser l'unité du gouvernement – laquelle n'est d'autre que le gage de sa puissance et de son crédit auprès des administrés. Dès lors, seul le « *Gouvernement [qui est] le moteur suprême de toutes les parties de l'administration publique (...) a le droit d'annuler (sic) les actes administratifs, lorsqu'ils lui sont dénoncés par les Ministres ou par les parties intéressées* »⁶⁸. Cette manière d'appréhender l'administration n'est rien d'autre que la réflexion fidèle du système administratif, tel que l'a exposé ROEDERER devant le Corps législatif⁶⁹.

12. En distinguant entre deux espèces de décisions administratives, Charles BONNIN entérine nous semble-t-il une façon de voir prônée par la doctrine ministérielle – si l'on nous autorise cette expression :

Ou elles portent sur des mesures que prend l'autorité pour l'exécution des lois ou le maintien de l'ordre public ; (...) ou bien elles s'étendent à des objets sur lesquels l'administration a quelque intérêt direct, soit sous le rapport de la propriété et de l'intérêt public, soit comme tutrice de l'une des parties contendantes⁷⁰.

Peu nous importe que cet auteur fasse preuve de peu d'originalité. Bien au contraire, cela témoigne du fait qu'il explicite tout en le systématisant un discours doctrinal formalisé dans le sein même de la haute-administration napoléonienne (voire directoriale). Cette typologie renvoie à une conception de l'administration publique toute préoccupée à saillir le pouvoir discrétionnaire de ses agents. Sa raison d'être

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Id.*, p. 184.

⁶⁹ Nous faisons référence aux motifs exposés le 18 pluviôse an VIII (7 février 1800) pour l'adoption du projet de loi relatif à la division du territoire de la République et l'administration (loi du 28 pluviôse an VIII – 17 septembre 1800). « *L'administration proprement dite consiste en trois choses : 1° L'agence de transmission des lois aux administrés, et des plaintes des administrés au Gouvernement ; en d'autres mots, l'agence des communications réciproques entre la volonté publique et les intérêts particuliers ; 2° L'action directe sur les choses et sur les personnes privées dans toutes les parties mises sous l'autorité immédiate des administrateurs ; 3° Enfin la procuration d'action dans les parties d'administration remises à des subordonnés* » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, op. cit., t. 1 (1862), p. 169 ; Corps législatif, 18 pluviôse an VIII).

⁷⁰ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 185. Cette distinction n'a rien d'original, puisque l'on en trouve une expression similaire sous la plume de FLEURIGEON, lequel paraît également l'avoir également empruntée : « *Le ministre (...) a remarqué que les décisions administratives avaient deux objets ou deux caractères différents : 1°. que les unes portent sur des mesures que prend l'autorité pour l'exécution des lois ou le maintien de l'ordre public ; 2°. que les autres portent sur des matières contentieuses dans lesquelles l'administration a quelque intérêt direct, soit sous le rapport de la propriété ou de l'intérêt public, soit comme tutrice de l'une des parties contendantes* » (*Code administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1806) [de la partie relative à l'administration], p. 19). PORTIEZ DE L'OISE s'exprime dans les mêmes termes : « *Les décisions administratives ont deux caractères différents, ou elles portent sur des mesures que prend l'autorité pour l'exécution des lois ou le maintien de l'ordre public ; (...) ou bien elles s'étendent à des objets sur lesquels l'administration a quelque intérêt direct, soit sous le rapport de la propriété ou de l'intérêt public, soit comme tutrice de l'une des parties contendantes* » (*Cours de législation administrative...*, op. cit., t. 1 (1808), p. 65-66). Ces similitudes laissent penser qu'il s'agit d'une typologie formalisée *via* une circulaire ou une instruction (vraisemblablement du ministre de l'intérieur, faite à l'adresse des préfets).

procède de la distinction qu'elle introduit entre les différentes modalités par lesquelles l'action administrative se meut. Dans les deux cas de figures envisagés, l'acte administratif doit toujours être un écho aux ordres du gouvernement. Et si un acte est pris à la discrétion d'un agent administratif, il doit en dernier ressort être confirmé par le gouvernement qui, ce faisant, se l'approprie juridiquement. Ainsi cette présentation conforte-t-elle une représentation unitaire du gouvernement – qui irradie l'administration au travers d'une organisation dynamique. « *L'unité établie dans le Gouvernement, doit se retrouver dans l'autorité locale, puisque cette autorité est une dépendance de l'autorité supérieure, comme l'action administrative est une conséquence de l'action du Gouvernement* »⁷¹. Celui-ci est le centre à partir duquel tous les actes administratifs sont imputés : cette convergence rappelle en permanence l'origine du pouvoir qui, même en action, maîtrise la généalogie de ses actes. « *Ce n'est que lorsque [l'administration] a reçu elle-même l'impulsion du Gouvernement, qu'elle peut communiquer cette impulsion aux administrés, comme ce n'est que lorsqu'un corps a reçu le mouvement, qu'il peut se mouvoir et le communiquer à d'autres, mais sans être pour cela la volonté et la puissance qui lui ont donné ce mouvement ; car il fallait qu'il le reçût, pour pouvoir se mouvoir et le communiquer* »⁷². À rebours d'une conception de l'administration héritée de l'Ancien Régime⁷³, celle-là est strictement envisagée comme un conducteur de l'autorité gouvernementale⁷⁴. Suivant cette perspective, l'acte administratif est tout à la fois le vecteur de l'autorité publique et – comme seule expression possible de celle-ci – le support sur lequel le

⁷¹ *Id.*, p. 147.

⁷² *Id.*, p. 89-90.

⁷³ Nous retrouvons en effet une conception de l'administration plus classique car empruntée à la culture de l'Ancien Régime. Elle est plus souvent énoncée dans des répertoires ou dictionnaires. D'après Jean-Simon LOISEAU par exemple, l'administration est articulée à l'idée de gestion d'affaires pour autrui. À vrai dire, la définition qu'il en donne correspond à celle que propose Charles BONNIN pour les administrations spéciales. Suivant celui-là, l'administration publique « *est la dénomination générale des compagnies qui sont chargées de la régie des biens et des droits de l'État* », tandis que l'administration ministérielle désigne « *la portion de l'autorité publique qui s'exerce par les maires, les sous-préfets, les préfets, les ministres et le conseil-d'état* » (*Dictionnaire des arrêts modernes, ou répertoire analytique, sommaire et critique de la nouvelle jurisprudence française, civile et commerciale ; contenant la notice des arrêts les plus importants de la Cour de cassation depuis 1790 jusqu'en 1809, et de ceux des cours d'appel depuis la promulgation du Code Napoléon ; avec un supplément formant le dictionnaire des lois, décrets impériaux, avis du Conseil d'État, décisions de LL. EE. les ministres, &c. qui, se rattachant aux nouveaux codes, en sont le complément indispensable*, Paris, Clément frères, 1809 (2 vol.), t. 1, respectivement p. 24 (v^o Administration publique) et p. 23 (v^o Administration ministérielle)). MERLIN DE DOUAI propose une définition rigoureusement identique (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Troisième édition, corrigée, réduite aux objets la connaissance peut encore être utile, et augmentée 1^o. d'un grand nombre d'Articles, 2^o. de notes indicatives des changemens apportés aux lois anciennes par les lois nouvelles, 3^o. de dissertations, de plaidoyers et de réquisitoires de l'éditeur sur les unes et les autres*, Paris, Bertin & Danel, 1807-1809 (3^e éd., 13 vol.), t. 1, p. 110 (v^o Administration)). Cette appréhension est encore entérinée dans les années 1820, toujours par des auteurs de dictionnaires et de répertoires – tel par exemple le baron FAVARD DE LANGLADE (*Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, 1823-1824).

⁷⁴ ROEDERER considérait lui-même la procuration d'action comme la principale activité de l'administrateur, lequel « *a moins à faire par lui-même qu'à mettre le sous-administrateur dans l'obligation de faire* » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 1 (1862), p. 169 ; Corps législatif, 18 pluviôse an VIII – 7 septembre 1800).

gouvernement exerce son contrôle sur ses subordonnés⁷⁵. Cette typologie des actes administratifs accueillie par PORTIEZ DE L'OISE, Charles BONNIN et d'autres encore, reconnaît à l'administrateur un pouvoir discrétionnaire toujours nécessaire pour faire face aux circonstances imprévisibles et soudaines. Cependant, il est pensé au travers d'une institution organisée de sorte qu'elle puisse être traversée par un regard panoptique qui dirige et corrige⁷⁶.

- 13. L'assimilation des contrats de l'administration aux actes administratifs : la prédominance des préoccupations disciplinaires.** – Les développements qui précèdent doivent nous permettre de comprendre pourquoi les contrats de l'administration n'ont pas été considérés en propre comme s'ils constituaient un sujet consacré et autonome, digne de retenir l'attention des administrativistes précités. Pour cause, ils sont vus comme autant d'actes administratifs ; des actes qui intéressent le « régime de l'administration »⁷⁷ et que Charles BONNIN oppose aux actes de pure exécution des lois et règlements. Il en va en ainsi des adjudications domaniales⁷⁸, comme des marchés de fournitures et de travaux publics. Toutefois, les marchés de l'administration sont pour notre propos plus éclairants à deux égards : PORTIEZ DE

⁷⁵ PORTIEZ DE L'OISE l'indique très explicitement : « *Le Gouvernement ne voit l'administrateur que dans les actes qu'il fait, et non dans les discours vagues qu'il adresse aux administrés* » (*Cours de législation administrative...*, *op. cit.*, t. 1 (1808), p. 43).

⁷⁶ En présentant aux membres du Corps législatif les *Principes d'administration publique* de Charles BONNIN, le député SÉDILLEZ récrimine contre ceux qui se représentent l'administration d'une manière trop simpliste, comme ne nécessitant l'application d'aucunes règles qui en régulent le fonctionnement et encadrent l'arbitraire des administrateurs. En soutenant l'initiative de BONNIN, il souligne que l'obéissance n'étant pas tout, les principes de la science administrative sont ceux qui joignent à l'unité salutaire du gouvernement, la liberté nécessaire de l'administrateur. L'art d'administrer, c'est articuler ces deux termes. « *Ce titre ne plaira pas, sans doute, à ceux qui croient ou feignent de croire qu'il n'y a point de principes en administration. Administrer, disent-ils, c'est agir, c'est obéir ; il n'y a pas à délibérer sur des ordres, ni à discuter sur des actions commandées : le seul principe, c'est l'obéissance. Cette assertion est tranchante, mais est-elle juste ? Dans les choses les plus simples, les plus indifférentes de la vie, il y a, on ne peut le nier, des règles de détermination et de conduite dont on ne peut s'écarter impunément ; comment serait-il possible que l'administration des affaires publiques qui embrasse tant de choses, qui se complique de tant et de si grands intérêts, fût abandonnée, sans règles, au hasard, au caprice, à l'arbitraire ? L'ouvrage de M. BONNIN est bien fait pour réfuter cette erreur, pour anéantir cette illusion de la vanité ou de l'ignorance* » (« Discours prononcé, en présentant au Corps législatif un ouvrage intitulé : "*Principes d'administration publique*", par M. BONNIN » (séance du 11 mars 1813), in MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 11 (1867), p. 268).

⁷⁷ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 182.

⁷⁸ C'est par l'acte d'adjudication dont procède la vente que Charles BONNIN justifie la compétence administrative pour le contentieux des ventes du domaine national. « *L'aliénation d'un bien réputé national, étant un acte purement administratif, l'autorité judiciaire ne peut en connaître sans détruire la force de l'adjudication, parcequ'elle ne peut commander à l'autorité administrative* » (*id.*, p. 466). PORTIEZ DE L'OISE ne pense pas autrement (*Cours de législation administrative...*, *op. cit.*, t. 2 (1808), p. 39). En s'exprimant en des termes quasi-identiques, ces deux auteurs assimilent une doctrine consacrée par le directoire exécutif, le 2 nivôse an VI (22 décembre 1797) (*Bulletin des lois* 1797 (170), n° 1625, p. 4). Sa lecture est édifiante car cet arrêté consiste exclusivement dans la reproduction d'un rapport rendu par le ministre de la justice – le comte LAMBRECHTS – concernant « *l'attribution de la faculté de statuer sur la validité ou l'invalidité de la vente d'un domaine réputé national* ». L'arrêté s'achève par la formule-ci : « *Le rapport ci-dessus sera imprimé, et inséré dans le Bulletin des lois de la République, à l'effet de servir de proclamation pour l'exécution des lois* ».

L'OISE comme BONNIN traitent des ventes domaniales comme d'un sujet accessoire à la domanialité publique, en relation avec la propriété privée ; de surcroît, les ventes domaniales sont des contrats instantanés, tandis que les marchés supposent des mesures successives pour leur exécution. Or, Charles BONNIN s'intéresse plus à ces actes qu'aux conventions elles-mêmes⁷⁹. Ce n'est pas dire qu'il doute de leur nature contractuelle. Toutefois, il envisage moins les marchés sous l'aspect d'un concours de volontés que sous celui de la subordination de l'agent administratif – relativement aux actes pris pour l'adjudication et l'exécution de ces marchés. Ainsi traite-t-il de l'adjudication et de l'exécution des marchés de travaux publics comme un segment de l'« *administration des travaux publics* »⁸⁰. Si par ailleurs il évoque laconiquement les marchés des fournitures, c'est pour préciser dans quelle mesure les agents administratifs peuvent à cette occasion disposer d'une certaine latitude dans l'appréciation des besoins propres aux services dont ils ont la responsabilité. C'est pourquoi il s'attarde sur la manière dont le gouvernement admet ce pouvoir discrétionnaire tout en l'encadrant d'un dispositif serré de procédures. L'initiative d'un marché ne s'obtient qu'avec l'approbation du ministre. Le préfet par exemple « *ne peut donc prendre aucun arrêté sur des objets qui intéressent le régime de l'administration, ou sur des entreprises nouvelles et des travaux extraordinaires, sans en avoir préalablement reçu l'approbation du Gouvernement* »⁸¹. Lorsqu'ailleurs il précise la nature des actes pris en exécution de ces marchés, c'est en dissertant sur la compétence des conseils de préfecture, donc sur la manière dont la réformation de certains actes de l'administration peut être admise⁸². En somme, les marchés ne sont captés qu'à l'aune des précautions déployées à leur endroit, de sorte que le gouvernement puisse s'assurer qu'aucune obligation ne soit souscrite en son nom sans qu'il n'y ait été avisé au préalable.

14. Dès lors, il s'agit de soulever cette interrogation : pourquoi ont-ils consacré si peu de développements aux contrats de l'administration quand, au contraire, nous y voyons des actes si spécifiques par rapport aux actes administratifs unilatéraux ? Comme nous l'avons esquissé précédemment, les administrativistes du début du XIX^e siècle abordent les actes administratifs en tant qu'ils participent d'un dispositif employé par le gouvernement pour maintenir l'administration en sujétion. Pour admettre la pertinence de cette approche, il faut réaliser que l'une de ses principales difficultés ne fut pas tant de soumettre les administrés, que de s'assurer l'obéissance de ses agents de sorte qu'ils ne pussent dévoyer leurs attributions. Il fut question, en d'autres

⁷⁹ Charles BONNIN s'en explique simplement : « *La soumission acceptée étant un contrat entre l'administration et un particulier, l'adjudicataire ne peut rien changer au cahier des charges, et doit exécuter ses clauses, car ce contrat n'est autre que la mise à exécution de ces mêmes clauses* » (*Principes d'administration publique, op. cit.* (3^e éd.), t. 2 (1812), p. 49).

⁸⁰ *Id.*, p. 48 *sq.*

⁸¹ *Id.*, t. 1 (1812), p. 182.

⁸² *Id.*, t. 2 (1812), p. 86 *sq.*

termes, de réaliser ce par quoi l'Ancien Régime avait succombé – en ne parvenant pas à conjurer la bureaucratie qui dépréciait ses institutions. Dès lors, l'absence de toute dichotomie entre les actes unilatéraux de l'administration et ses actes conventionnels ne procède pas d'un manque de rigueur intellectuel, mais d'un point de vue différent du nôtre, car étayé sur des préoccupations tout à fait différentes. Lorsqu'au sujet des actes administratifs, nous souhaitons discerner les droits de l'administration et ceux des administrés en les articulant les uns aux autres, Charles BONNIN insiste sur la manière dont le gouvernement est à même de s'assurer que ses agents exercent régulièrement les attributions qui leur sont confiées. Peu lui importe que ces actes soient unilatéraux ou conventionnels. Il le montre assez bien lorsqu'il traite des entreprises de travaux publics : il s'intéresse surtout aux devoirs des agents administratifs vis-à-vis des ministres. Les droits dont l'administration dispose vis-à-vis des entrepreneurs ne sont rien de plus que des devoirs commandés par l'intérêt public⁸³. Cette perspective, bien différente de la nôtre, conduit cet auteur à toujours envisager les actes administratifs comme un moyen de pourvoir à l'exécution des instructions du gouvernement, sans jamais permettre à ses agents de s'octroyer indûment une parcelle d'autorité, sauf à tolérer que l'administration devînt dans les faits une espèce de corps autonome. C'est la raison pour laquelle il traite des actes administratifs sous un chapitre relatif à l'organisation administrative (livre II)⁸⁴, puis sous un autre relatif à la justice administrative (livre IX).

- 15. Les contrats de l'administration : un sujet accidentel.** – Il ne faut pas perdre de vue que l'essentiel de son ouvrage est consacré aux lois administratives, c'est-à-dire au « *développement des lois politiques dans leur action de détails, et qui règlent les rapports des administrés avec l'État, et de l'État avec les administrés, quant à leurs personnes, leurs biens et leurs actions* »⁸⁵ (livres III, IV et V), ainsi qu'aux sanctions qui y correspondent – à savoir la police administrative (livre VI)⁸⁶. Les travaux publics (livre VII) et les dépenses administratives (livre VIII) ne sont examinés qu'en tant qu'ils constituent des « *matières mixtes administratives* ». Celles-ci ne le préoccupent que dans la mesure où elles touchent incidemment aux personnes et aux propriétés⁸⁷. En explicitant la cohérence de son plan⁸⁸, nous sommes convaincu qu'il n'a rien d'arbitraire ni de

⁸³ *Id.*, p. 49.

⁸⁴ Il en est de même chez PORTIEZ DE L'OISE qui traite des actes administratifs dans un chapitre où il approfondit l'administration préfectorale (*Cours de législation administrative...*, *op. cit.*, t. 1 (1808), p. 65 *sq.*).

⁸⁵ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 118.

⁸⁶ *Id.*, p. xxviii. Pour la justification de son plan, *cf.* p. xxiv *sq.*

⁸⁷ *Id.*, p. xxviii-xxix.

⁸⁸ Le plan de l'ouvrage de PORTIEZ DE L'OISE n'est pas fondamentalement différent de celui de Charles BONNIN. Avec cette spécificité qu'il appréhende la législation administrative dans ses rapports avec le droit civil, pour envisager en tout premier lieu des rapports de sujétions entre les citoyens et l'administration. Le début de son *Cours de législation administrative* qui traite de l'organisation de l'administration publique, n'aborde que les aspects utiles à cette étude, comme Charles BONNIN après lui.

fantaisiste⁸⁹. Son objet essentiel est d’embrasser les ressorts dont dispose le gouvernement pour procurer l’intérêt général⁹⁰. Et ce faisant de convaincre que la puissance dont il est investi doit être scrupuleusement canalisée, sans quoi sa capacité d’action serait frappée d’anémie, en même temps qu’il tomberait dans un discrédit qui le fragiliserait jusque dans ses fondements. D’où il résulte que les marchés de l’administration, envisagés comme des actes administratifs, n’ont de valeur qu’autant qu’ils participent à mieux traiter de l’action administrative, c’est-à-dire de la subordination de l’administration publique en mouvement. Il ne les évoque que pour souligner l’harmonie qui associe les « *dispositions obligatoires* » qui « *régissent les citoyens et l’autorité publique* », à la « *partie organique* » qui « *crée cette autorité pour faire exécuter les lois selon les normes voulues par les lois mêmes* ». Les premières sont la « *morale publique de l’État* », lorsque les secondes sont la « *partie physique* »⁹¹. La légitimation de l’ordre napoléonien que l’on impute souvent à cet auteur, ne serait à lui seul expliquer cette approche : y sous-tend la recherche d’une efficience de l’action administrative. C’est-à-dire la conception d’une administration que nous qualifierions de *moderne* – dans le sens d’une administration rigoureusement instituée pour servir le pouvoir exécutif. Tous les aspects qui s’attachent à la logistique de l’administration y sont envisagés comme par accident. Les marchés participent de l’économie interne de l’administration, dans la mesure où ils pourvoient à ses besoins matériels. Charles BONNIN ne les convoque – occasionnellement – qu’afin d’illustrer la manière dont l’administration est maintenue dans un rapport de préposition vis-à-vis du Gouvernement. Nous pourrions déplorer qu’il n’ait pas vu en quoi les contractants de l’administration sont des individus titulaires de droits exigibles. Peut-être est-ce précisément parce qu’il ne conçoit pas les entrepreneurs et fournisseurs comme de simples administrés. Il nous semble que se dégage en filigrane l’idée d’après laquelle ces contractants sont des collaborateurs de l’administration, employés à son service. En cela, ils se distinguent des citoyens, strictement envisagés au point de vue de la société ; quoiqu’à l’inverse des agents administratifs, ils ne sont pas intégrés à cette hiérarchie sur laquelle Charles BONNIN s’attarde si consciencieusement. La manière dont ces contractants concourent à l’action administrative échappe à la

Nonobstant les impôts et les travaux publics qui intéressent la propriété sous tels ou tels aspects, toutes les affaires relatives au fonctionnement interne de l’administration – c’est-à-dire la logistique – sont passées sous silence comme excédant les bornes de son sujet.

⁸⁹ Nous pensons à cet égard à la critique que Maurice HAURIU adressa aux ouvrages de PORTIEZ DE L’OISE et de BONNIN. En effet, il mésestima le premier comme « *un ouvrage bizarre* », tandis que le second serait « *tout aussi mauvais* ». En les résumant, il ajouta : « *Dans ces ouvrages, rien ou très peu de chose* » (« De la formation du droit administratif français depuis l’an VIII », in R.G.A. 1892, II, p. 391-392).

⁹⁰ C’est en ce sens que Charles BONNIN définit la teneur de son code administratif qu’il place à la suite des deux premiers volumes de ses *Principes d’administration publique* : « *Les lois qui sont la matière du Code administratif, sont toutes celles qui statuent sur les citoyens dans l’intérêt général de l’État ; sur les propriétés, comme formant la richesse publique, et sur les actions, comme actes intéressant l’ordre public et toute la cité. Ces lois sont, en effet, des lois publiques, en quoi elles diffèrent des lois civiles* » (*Principes d’administration publique, op. cit.* (3^e éd.), t. 3 (1812), p. 9).

⁹¹ *Id.*, p. 16.

problématique récurrente des *Principes d'administration publique* – à savoir que l'administration est un commis du gouvernement. Ils se situent en quelque sorte dans un angle mort, car l'esprit avec lequel cet auteur envisage sa doctrine le conduit à les éconduire de son examen. Ce n'est pas qu'il en ignore l'existence, puisqu'il évoque parfois les marchés de l'administration. Mais c'est précisément cet aspect hétéroclite qui est la clef de notre interprétation.

16. Outre l'inconstance des règles qui ont trait à l'économie interne de l'administration⁹², celles-ci n'intéressent le particulier ni du point de vue de son statut, ni du point de vue de ses biens⁹³. Strictement attachées à la « *physique* » de l'administration, elles n'attirent l'attention de Charles BONNIN qu'autant qu'elles lui permettent de faire sentir l'« *harmonie* » qui règne entre les lois administratives et l'administration chargée de les appliquer. C'est en ce sens qu'il consacre tant d'efforts à caractériser l'administration publique. De ce point de vue, les contrats de l'administration – tant les ventes domaniales que les adjudications des fournitures et des travaux publics – sont un sujet accessoire. C'est surtout dans la trame par laquelle les actes administratifs renforcent la hiérarchie administrative que les marchés – tout spécialement – ont été situés vis-à-vis du droit administratif. Les efforts entrepris par PORTIEZ DE L'OISE et Charles BONNIN pour démontrer en quels sens l'administration publique est organisée, ont conduit ces auteurs à passer sous silence ce qui pouvait intéresser la gestion de son infrastructure. Moins qu'une négligence, il s'agit d'un choix doctrinal – nous assumons pleinement ce terme – qui reflète l'une des préoccupations majeures des administrativistes sous l'Empire : c'est-à-dire penser l'administration comme une institution dont le mode d'action est purement mécanique. Suivant cette approche, les contrats de l'administration ont peu mobilisé leur attention, sauf à être assimilés aux actes administratifs. Ces auteurs s'attardent peu sur les relations entre l'administration et ses contractants, tant cet aspect est relégué à la marge – car inopérant au point de vue où ils se sont placés pour saisir l'administration publique. C'est là la conséquence d'une inclination délibérée. Placés à un autre point de vue, certains de leurs contemporains considérèrent avec une vive attention les marchés de fournitures. Ce contraste, offert par quelques arrêstistes, corrobore l'hypothèse développée dans ce chapitre. Les contrats de l'administration n'ont pas été oubliés ; ils ont été délibérément marginalisés.

⁹² *Id.*, p. 15-16.

⁹³ C'est sous ce rapport qu'il envisage la domanialité publique (il parle plus précisément de « *propriété publique* »), les travaux publics, les dépenses et la comptabilité administratives. En témoigne sa préface (*id.*, t. 1 (1812), p. xxiv-xxxij) et le plan de son code (*id.*, t. 3 (1812), p. 14 *sq.*).

Chapitre 2

Délimiter l'administration publique en situant ses fournisseurs

17. Notre propos tend à démontrer que si des auteurs comme PORTIEZ DE L'OISE et BONNIN ont peu traité des contrats de l'administration, c'est à raison du point de vue auquel ils se sont placés en traitant de l'administration publique. Or, certains de leurs contemporains, en étant mus par d'autres préoccupations doctrinales, ont spécialement traité des marchés de fournitures de l'État – ceux des communes ressortissant à la juridiction judiciaire, si bien qu'ils n'intéressent pas notre propos. Nous souhaitons comprendre les raisons qui les ont y conduits, afin de convaincre *in fine* que les administrativistes ont tenus des propos qui ne peuvent s'apprécier qu'au regard de la démarche qu'ils ont empruntée. Dès lors, il s'agit d'étudier ceux qui en critiquant la jurisprudence du Conseil d'État, ont été amenés à projeter sur les marchés de fournitures une certaine appréhension. D'une part, ils participèrent à spécifier les fournisseurs en les distinguant des agents administratifs (**section 1**) ; d'autre part, ils les ont caractérisés en précisant leur relation avec l'administration publique (**section 2**).

Section première. – Spécifier les fournisseurs

(parmi les individus appelés à concourir au fonctionnement de l'administration)

18. **De l'intérêt de la littérature prétorienne**⁹⁴. – Une lecture – fût-elle cursive – des tables du *Recueil général des lois et des arrêts* de Jean-Baptiste SIREY⁹⁵ permet de prendre conscience de l'attention avec laquelle le contentieux contractuel de l'administration a été considéré dans les deux premières décennies du XIX^e siècle. Il use d'ailleurs de son exemple – parmi plusieurs – pour faire la publicité de son recueil⁹⁶. Il est peu

⁹⁴ Nous entendons par littérature prétorienne non pas celle qui résulterait spécialement des membres du Conseil d'État, mais plutôt celle d'administratives attachés à expliciter, divulguer et systématiser la jurisprudence administrative – et qui, le cas échéant, peuvent être concomitamment membres de ce Conseil d'État.

⁹⁵ Au sujet de Jean-Baptiste SIREY (1762-1845), voir la notice biographique que lui consacre le professeur GUYON dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi que l'ouvrage du professeur PACTEAU : *Jean-Baptiste SIREY, 1762-1845 : un père de l'étude et de l'édition du contentieux moderne* (2014).

⁹⁶ Jean-Baptiste SIREY vise particulièrement ce contentieux lorsqu'il milite pour une meilleure publicité de la jurisprudence administrative : « Pour une grande partie de la Nation, la Jurisprudence administrative ne présente pas moins d'intérêt que la Jurisprudence des Cours. Une foule de personnes sont engagées dans des affaires d'où dépend quelquefois leur fortune, et qui tombent sous la juridiction administrative. Il en est ainsi des acquéreurs de biens nationaux ; de ceux qui ont des marchés avec le Gouvernement, ou qui lui ont fait des fournitures ; des fermiers de l'État ; (...) » (*Jurisprudence du Conseil d'État, ou Recueil des Décisions, Arrêts et Actes du Conseil d'État, sur le contentieux de*

vraisemblable que les administrativistes aient négligé les contrats de l'administration comme s'il se fût agi d'un aspect insignifiant du droit administratif. Nous avons plus haut exposé les raisons pour lesquelles ces contrats ont été marginalisés dans les ouvrages portés à exposer la législation administrative en montrant les ressorts caractéristiques. Ils n'y ont pas été traités ensemble, à partir d'un chapitre qui en eût unifié la représentation, mais seulement à propos des actes administratifs, sous le rapport de la subordination des agents administratifs au gouvernement. Nous avons précédemment étudié les ouvrages qui embrassent le droit administratif dans son ensemble – c'est-à-dire suivant une méthode linéaire, toute différente de la méthode séquencée des répertoires et des dictionnaires. Nous souhaiterions présentement examiner ce qu'il en fut des collections prétoriennes dont le genre littéraire si spécifique oblige à les considérer séparément⁹⁷. Nous partageons avec les professeurs DEGUERGUE⁹⁸, PLESSIX⁹⁹ ou TOUZEIL-DIVINA, cette opinion d'après laquelle les recueils d'arrêts peuvent – doivent ? – être appréhendés comme de la doctrine à proprement parler. Ce dernier préfère parler d'« œuvres quasi-doctrinales »¹⁰⁰. Si ces recueils ne présentent pas la même valeur que les ouvrages abritant un tissu de réflexions développées à partir d'un plan personnel à l'auteur, nous souhaitons esquisser quelques nuances entre eux¹⁰¹. Pour certains, leurs auteurs se sont essentiellement proposés de reproduire (partiellement ou non) des arrêts et d'y ajouter éventuellement des commentaires. Tels par exemple – pour ne mentionner que les principaux – le *Journal du Palais* ; le *Journal des audiences de la Cour de cassation*, de DENEVERS ; la *Jurisprudence du Conseil d'État*, de SIREY ; le *Journal du Palais : décisions du Conseil d'État et ordonnances du roi en matière de compétence administrative et judiciaire*, de AUVILLIERS (puis PATRIS) ; ou bien encore le *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, de MACAREL. D'autres, en revanche, y ont incorporé des dissertations plus ou moins riches qui nous obligent à les séparer des premiers. Tels par exemple le *Recueil général des lois et des arrêts*, de SIREY ; le *Recueil alphabétique des questions de droit* et le *Répertoire*

l'administration, les conflits et les autres matières administratives, – contenant l'exposé sommaire de la question, le point de fait, l'analyse des moyens des parties et le texte de la décision, avec des tables à chaque volume, classant le tout par ordre des matières, Paris, Au bureau d'Administration des deux Recueils de Jurisprudence de la Cour de Cassation, etc. et de Jurisprudence du Conseil d'État, s. d., p. 1 [non-numérotée] ; ce volume a également été publié sous le titre : *Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1806, époque de l'institution de la Commission du contentieux, jusqu'à la fin de septembre 1818*, et a constitué le premier tome d'une collection de cinq (Paris, Cour de Harlai, 1818-1825). Les propos liminaires dont nous citons un extrait n'ont pas été reproduits sur le premier volume intitulé *Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1806*. Celui-ci est précédé d'une autre présentation.

⁹⁷ Sur la contribution des recueils et répertoires prétoriens au développement de la doctrine administrative du XIX^e siècle, nous renvoyons à l'ouvrage (précité) du professeur TOUZEIL-DIVINA : *La doctrine publiciste, 1800-1880* (2009, p. 53 sq.).

⁹⁸ DEGUERGUE Maryse, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994 (thèse de doctorat, université Panthéon-Sorbonne), p. 16 sq.

⁹⁹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit. (2003), p. 62 sq.

¹⁰⁰ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, op. cit. (2009), p. 54.

¹⁰¹ Cf. BARENOT Pierre-Nicolas, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, 2014 (thèse dactylogr., université de Bordeaux).

universel et raisonné de jurisprudence, de MERLIN DE DOUAI ; le *Recueil complet des lois et ordonnances du royaume à partir du 1^{er} avril 1814*, d'ISAMBERT ; la *Jurisprudence générale du royaume*, de Désiré DALLOZ. Leur richesse a peut-être été sous-estimée, d'autant qu'ils sont généralement pris comme un tout lorsqu'au contraire ils présentent chacun leur singularité. La doctrine administrative – qui pourtant se livre à des introspections récurrentes sur ses relations avec la jurisprudence administrative – ne semble avoir réalisée aucune historiographie conséquente sur cette littérature que nous avons qualifiée de prétorienne. D'aucuns même – comme par exemple le professeur BIENVENU – estiment qu'il n'y aurait eu aucune doctrine administrative avant les années 1880¹⁰². L'importance reconnue à la doctrine administrative du premier XIX^e siècle est telle que les recueils et répertoires de jurisprudence reçoivent peu de publicité. Seuls sont parfois mentionnés le recueil de MACAREL (*alias* le *Recueil Lebon*) et, dans une moindre mesure, le recueil de SIREY – présenté (à tort selon nous) comme le prédécesseur du premier¹⁰³. Ceux qui s'y attardent un peu plus les cantonnent à une fonction d'enregistrement¹⁰⁴. L'histoire du droit administratif telle que Maurice HAURIOU l'a esquissée y est – ce nous semble – pour beaucoup. Car elle offre un cadre d'interprétation où les ouvrages assurant la diffusion de la jurisprudence se voient attribuer un statut heuristique mineur : associés aux premiers balbutiements de la doctrine administrative, ils ne pourraient jamais être que des ouvrages insignifiants, destinés à compiler des informations éparses. Et quoique les historiens y portent un intérêt croissant, cette littérature est toujours appréciée comme une « *paradoctine* »¹⁰⁵. À l'inverse, la doctrine privatiste qui s'y intéresse beaucoup plus, n'éprouve aucune difficulté à la rapprocher de la doctrine pour l'y intégrer¹⁰⁶. Le professeur DAUCHY affirme sans ambages que « *l'arrestographie (...) ne se réduit pas à une simple compilation ordonnée de décisions rendues par une ou plusieurs cours, mais doit au contraire être comprise plus largement comme faisant partie – et occupant une place importante – de la doctrine* »¹⁰⁷. Ce parti adopté par la doctrine administrative trouve appui – selon nous – sur la manière dont nous nous figurons classiquement ses

¹⁰² BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », in *Rev. adm.* 1997 (n° spécial), p. 13.

¹⁰³ Cf. BURDEAU François, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, P.U.F., 1995, p. 105 *sq.* ; – ainsi que : BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, P.U.F., 2002, p. 80-81 et 97-98.

¹⁰⁴ Cf. LEGENDRE Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, P.U.F., 1968 (1^{re} éd.), p. 467.

¹⁰⁵ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 79.

¹⁰⁶ Nous pensons à l'article du professeur MEYNIAL : « Les Recueils d'arrêts et les arrêtistes » (*in Le Code civil (1804-1904) : livre du centenaire publié par la Société d'études législatives*, Paris, Rousseau, 1904 (2 vol.), t. 1, p. 173) ; – jusqu'à des entreprises plus récentes, comme l'ouvrage dirigé par les professeurs DAUCHY et DEMARS-SION : *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e – XVIII^e siècles)* (Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2005), ou encore la thèse précitée de M. BARENOT (2014).

¹⁰⁷ DAUCHY Serge, « L'arrestographie, science fort douteuse ? », in *Sartonia* 2010, XXIII, p. 97 (*comp.* CHÈNE Christian, « L'arrestographie, science fort douteuse », in *Mémoires et travaux de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit* 1985, p. 179).

initiateurs. MACAREL et CORMENIN attirent à eux presque toute l'attention comme s'ils eussent été les premiers et les seuls à se soucier de la publicité de la jurisprudence administrative. Selon d'aucuns, l'avocat aux Conseils SIREY aurait été un témoin du droit administratif plutôt qu'un de ses initiateurs¹⁰⁸. Si bien sûr cette interprétation ne manque pas d'être solidement justifiée, peut-être pourrait-elle plus encore prospérer si elle était affinée de telle sorte qu'elle n'accordât pas une place disproportionnée à ces auteurs et derrière eux, au Conseil d'État – avec le *Recueil Lebon*. C'est au demeurant le sens des travaux entrepris par le professeur TOUZEIL-DIVINA, après d'autres comme par exemple le professeur GUGLIELMI. N'est-il pas symptomatique qu'à lui seul, le *Recueil Lebon* accapare presque toutes les études sur les médias de la jurisprudence administrative¹⁰⁹ ?

19. Les recueils d'arrêts, les répertoires de jurisprudence, *etc.*, offrent une perspective saisissante sur la doctrine administrative du premier XIX^e siècle. Par contraste avec les autres ouvrages qui la complètent, la manière d'appréhender le droit administratif y est fondamentalement différente. Plutôt que d'exposer les lois administratives au travers d'un esprit plus ou moins systématique – c'est-à-dire étayé sur une méthode qui ne relève pas de la collection – la littérature prétorienne a contribué à penser la jurisprudence administrative : en lui conférant une publicité, et par cela même en lui formalisant un corps. Peut-être les arrêts lui confèrent-ils quelque chose de sinueux et d'inachevé par nature¹¹⁰. Ils ne cessent pourtant de composer un propos doctrinal

¹⁰⁸ BURDEAU François, *Histoire du droit administratif...*, *op. cit.* (1995), p. 108 (note de bas de page).

¹⁰⁹ Depuis l'article de Marie LAINÉ (« L'évolution du *Recueil* des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux (*Recueil Lebon*) », in *E.D.C.E.* 1951, p. 153), publié peu après l'appropriation du *Recueil Lebon* par le Conseil d'État, jusqu'à des articles plus récents (et presque tous écrits par des membres de cette institution), tels ceux de Christine MAUGÜÉ & Jacques-Henri STAHL (« Sur la sélection des arrêts du *Recueil Lebon* », in *R.F.D.A.* 1998, p. 768) et de Paul CASSIA (« Une autre manière de dire le droit administratif : le "fichage" des décisions du Conseil d'État au *Recueil Lebon* », in *R.F.D.A.* 2011, p. 830).

¹¹⁰ Jean-Baptiste SIREY ne manque pas de reconnaître que les recueils de jurisprudence sont spécialement destinés aux praticiens, et plus encore pour un usage déterminé. « Il ne faut chercher, dans ce *Recueil*, ni définitions rigoureuses, ni théories abstraites, ni principes très-généraux » (*Table alphabétique et raisonnée du Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle et commerciale ; ou Notices décennales de législation et de jurisprudence, depuis l'avènement de NAPOLEON (1800-1810)*, Paris, Hacquaret, 1811, p. v). De même garde-t-il ses lecteurs d'un emploi immodéré de la jurisprudence. C'est dans cet esprit qu'il interpelle ceux qui se prendraient à « confondre l'usage naturel avec l'abus d'accident » (*Table alphabétique et raisonnée du Recueil général des lois et des arrêts, 1800-1820* [également désignée sous le titre *Jurisprudence du XIX^e siècle*], Paris, Cour de Harlay, 1821, p. ij). Ces préventions prennent un certain relief lorsque l'on se remémore les critiques récurrentes dont cette littérature fut l'objet au cours du siècle dernier – à l'instar par exemple de l'*Encyclopédie* de DIDEROT et d'ALEMBERT (à l'occurrence « Jurisprudence des arrêts », 1751), l'*Encyclopédie méthodique* de PANCROUKE (à l'occurrence « Arrêt », 1782), le *Dictionnaire de Jurisprudence et des Arrêts* de PROST DE ROYER (à l'occurrence « arrêt », 1787), *etc.* Si cette dépréciation se poursuit bien dans le XIX^e siècle, elle se fait plutôt sentir par les réponses qu'elle suggère que par les critiques qu'elle suscite. L'on cite souvent à cet égard Franz de LASSAULX – professeur et doyen de la faculté de droit de Coblenz sous l'Empire – qui stigmatisa les « *jurisconsultes à dictionnaire* » (*Introduction à l'étude du Code Napoléon*, Paris, Bavoux, 1812, p. 336). C'est plus souvent par le soin apporté à justifier cette littérature que l'on peut se représenter les résistances qu'elle s'attira. Nous pensons tout particulièrement à DUPIN AÎNÉ qui en fit voir l'utilité dans un opuscule

qui, pour être modeste, n'en est pas moins prégnant. Jean-Baptiste SIREY en donne à voir quelques aspects en soulignant les avantages qu'il attachait à cette littérature : 1° ces publications vulgarisent le droit ; 2° elles permettent aux juges de rendre des décisions en accord avec celles des autres juridictions ; 3° elles permettent aux juristes de confronter la justesse des théories avec les décisions des tribunaux et, 4° corollairement, d'abstraire de ces dernières les principes fondamentaux sur lesquels peuvent s'étayer de nouvelles théories. À force d'être vulgarisées, il émit le vœu que les « *notions usuelles* » de la jurisprudence permissent aux juristes de se donner un « *corps de doctrine* », c'est-à-dire « *une théorie-pratique de l'APPLICATION des lois, pour le maintien du droit* » – ou ce qu'il nommait : la « *philosophie de la jurisprudence* »¹¹¹. Le *Recueil général des lois et des arrêts* n'est pas très différent, dans sa conception, des ouvrages signalés de MACAREL et CORMENIN. Les *Éléments de jurisprudence administrative* en sont une espèce de réalisation – de l'aveu même de son auteur qui souhaita recueillir les arrêts du Conseil d'État pour les réunir « *en un corps de doctrine où leurs motifs fussent analysés et réduits en règles brèves, substantielles et dégagées de tout commentaire* »¹¹². C'est le sentiment d'ISAMBERT¹¹³ comme celui d'un autre avocat qui l'inscrit dans la tradition arrestographique de l'Ancien Régime : « *Ce que ROUSSEAU, LACOMBE, DENIZART et d'autres célèbres jurisconsultes ont fait pour la France parlementaire, M. MACAREL vient de l'entreprendre pour la France administrative* »¹¹⁴. Les *Questions de droit administratif* de CORMENIN présentent à nos yeux la même qualité. L'intitulé même, en s'inspirant de ceux de certains recueils de l'Ancien Régime, semble l'attester ; tout autant d'ailleurs que la méthode qui y est employée. S'il ne faut pas négliger ce qu'un tel ouvrage a eu de novateur, il participe d'une littérature prétorienne portée à répertorier, analyser, expliciter des arrêts choisis parmi d'autres pour informer un droit administratif¹¹⁵. Ces deux derniers ouvrages nous font voir qu'il est malaisé de

paru en introduction de la seconde édition du *Dictionnaire des arrêts modernes* de LOISEAU (*De la jurisprudence des arrêts, à l'usage de ceux qui les font, et de ceux qui les citent*, 1822). Les directeurs de publication ne manquèrent pas non plus de se prêter à cet exercice – par quoi convergent stratégie commerciale, conviction doctrinale et intelligence professionnelle. À cet égard, nous pensons à l'introduction de DALLOZ (publiée dans le premier tome de la nouvelle édition du *Journal des audiences*, 1824), ainsi qu'aux préfaces de LEDRU-ROLLIN (dans la troisième édition du *Journal du Palais*, 1837, et intitulé : « *Coup d'œil sur les praticiens, les arrêtistes et la jurisprudence* ») et DEVILLENEUVE (dans la réédition du *Recueil général des lois et des arrêts*, 1840).

¹¹¹ SIREY Jean-Baptiste, *Table alphabétique et raisonnée du Recueil général des lois et des arrêts, 1800-1820*, op. cit. (1821), p. ij.

¹¹² MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues, par le Conseil d'État, en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818 (2 vol.), t. 1, p. x-xi.

¹¹³ ISAMBERT François-André, Recension des *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL, in *Thémis* 1820, II, p. 156-157.

¹¹⁴ DELAPLESSE, Recension des *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL, in *Journal général de législation et de jurisprudence* 1820, II, p. 398.

¹¹⁵ Cf. notre chapitre consacré à ce que nous avons choisi de dénommer : la « doctrine praticienne de divulgation » (chapitre 3, titre III, première partie). La littérature prétorienne dont il s'agit ici en est une manifestation.

départager trop rigoureusement les ouvrages entre ceux qui ressortiraient à la doctrine, et ceux qui en seraient exclus. À vrai dire, nous ne voyons aucune partition qui ne serait pas discrétionnaire. Tout en tenant compte des intentions qui ont présidé à la conception de chacun de ces ouvrages, il nous semble plus prudent de les apprécier ensemble.

20. À partir de quels recueils avons-nous développé nos démonstrations ? Nous avons retenu en tout premier lieu le *Recueil des lois et des arrêts* (précité) et la *Jurisprudence du Conseil d'État* de SIREY¹¹⁶. À quoi s'ajoutent le *Recueil général des arrêts du Conseil d'État* de MACAREL¹¹⁷ et les *Décisions du Conseil d'État et ordonnances du roi en matière de compétence administrative et judiciaire* d'AUVILLIERS et PATRIS¹¹⁸. Nous ne pouvons négliger non plus les *Éléments de jurisprudence administrative* (précités) de MACAREL (1818) et les *Questions de droit administratif* de CORMENIN (1822). Si la méthode est celle d'un répertoire, leur objet est analogue aux recueils précités. C'est en ce sens que nous les associons sans ambages à la littérature prétorienne. Il y aurait quelque chose d'artificiel à les isoler comme s'ils relevaient d'un genre littéraire absolument autonome, qui se fût développé sans interaction avec les publications périodisées. La *Jurisprudence générale du royaume* de DALLOZ en est un exemple emblématique, puisqu'elle désigne tout à la fois un recueil périodique et un répertoire, employés tous deux aux mêmes fins. Cette ouverture vers les répertoires prétoriens nous a conduit à tenir compte de ceux qui, en étant moins portés sur la jurisprudence, ont été marqués d'une ambition encyclopédiste propre à couvrir le droit privé jusqu'au droit public. Tels ceux de FAVARD DE LANGLADE¹¹⁹ et de DALLOZ¹²⁰ : vastes entreprises éditoriales et doctrinales, dont le succès – en s'inspirant largement du *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* de GUYOT conçu en plein milieu du XVIII^e siècle – paraît tenir à leur dimension collective¹²¹. Nonobstant le fait qu'il est resté inachevé,

¹¹⁶ SIREY Jean-Baptiste, *Jurisprudence du Conseil d'État, ou Recueil des Décisions, Arrêts et Actes du Conseil d'État, sur le contentieux de l'administration, les conflits et les autres matières administratives...*, 1818-1825 (5 vol.).

¹¹⁷ MACAREL Louis-Antoine, *Recueil des arrêts du Conseil, ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'État, sur toutes les matières du contentieux de l'administration*, 1821-1830 (12 vol.). L'avocat DELOCHE apporta son concours à partir de 1827, avant de remplacer MACAREL à partir de 1831. Cette date correspond au début de la 2^e série du *Recueil*. Cette scansion éditoriale fut décidée pour marquer l'évolution du comité du contentieux du Conseil d'État, dont les audiences ont été rendues publiques (ordonnance du 12 février 1831) en même temps qu'elles se sont enrichies des conclusions prononcées par un ministère public (en la personne des commissaires du roi) (ordonnance du 12 mars 1831) (cf. l'avis en tête du volume de l'année 1831 du *Recueil des arrêts du Conseil*).

¹¹⁸ *Journal du Palais : décisions du Conseil d'État et ordonnances du roi en matière de compétence administrative et judiciaire*, 1821-1834 (4 vol.), par d'AUVILLIERS (pour les trois premiers tomes) & PATRIS (pour le dernier).

¹¹⁹ FAVARD DE LANGLADE Guillaume-Jean (dir.), *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative...*, 1823-1824 (5 vol.).

¹²⁰ DALLOZ Désiré (dir.), *Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale et criminelle...*, 1824-1830 (12 vol.).

¹²¹ Cf. [Anonyme], Recension du *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative* de FAVARD DE LANGLADE, in *Thémis* 1823, V, p. 445.

le dictionnaire de PAILLET relève de la même démarche¹²². Près duquel nous rangeons encore les dictionnaires d'AGAR¹²³ et MONTAINVILLE¹²⁴ qui, pour avoir été des entreprises individuelles, n'en sont pas moins conséquentes. Ce faisant, nous y avons rapproché des ouvrages dont les ambitions plus modestes les font plus proprement participer du genre du dictionnaire – ouvrage compact et plus facile à manier qu'un répertoire de plusieurs volumes. Nous pensons à cet égard à ceux LOISEAU¹²⁵, RONDONNEAU¹²⁶, BOITARD¹²⁷, CRIVELLI¹²⁸. Cette présentation tend à montrer à quel point il est délicat de hiérarchiser ces diverses sources – et plus encore si l'on s'y prend à partir de référents empruntés à notre doctrine contemporaine. Outre la difficulté qu'il y a à proposer une typologie qui fût historiquement efficiente, tous les ouvrages évoqués participent d'un même genre destiné à un public praticien : la jurisprudence y est très bien représentée, et les divers formats adoptés ont été choisis pour permettre une compulsation aisée¹²⁹. Ce n'est pas tout de dire que la méthode des répertoires de l'Ancien Régime a porté son influence jusque dans le premier XIX^e siècle. Il ne faut pas négliger la modernité de certaines entreprises dont celles de SIREY et DALLOZ sont de parfaits exemples¹³⁰ ; modernité suscitée par une concurrence éditoriale exacerbée par un lectorat exigeant. Pareillement, il ne nous paraît pas pertinent de distinguer trop rigoureusement droit public et droit privé, sauf à nous embarrasser d'un anachronisme. C'est pourquoi nous avons encore tenu compte de recueils périodiques couramment affiliés à la doctrine privatiste¹³¹ : le

¹²² PAILLET Jean-Baptiste-Joseph (dir.), *Dictionnaire universel de droit français...*, 1825-1827 (5 vol.).

¹²³ AGAR C.-H. (d^r), *Le nouveau FERRIÈRE, ou Dictionnaire de droit et de pratique, civil, commercial, criminel et judiciaire...*, 1804-1805 (3 vol.). Cet ouvrage fit l'objet d'une nouvelle réédition par Jean-Baptiste-Étienne BOULET (1824, 2 vol.).

¹²⁴ MONTAINVILLE F.-Jean, *Dictionnaire de jurisprudence de la Cour de cassation...*, 1805-1807 (5 vol.).

¹²⁵ LOISEAU Jean-Simon, *Dictionnaire des arrêts modernes, ou Répertoire analytique, sommaire et critique de la nouvelle Jurisprudence française, civile et commerciale...*, 1809 (1^{re} éd., 2 vol.) (comme s'en explique l'auteur dans des propos liminaires, cet ouvrage est une version condensée des recueils de jurisprudence, et tout particulièrement de la *Jurisprudence du Code Napoléon* dont il est coauteur avec Nicolas BAVOUX).

¹²⁶ RONDONNEAU Louis, *Vocabulaire classique des étudiants en droit...*, 1821. Cet ouvrage fit l'objet d'une nouvelle édition sous le titre : *Vocabulaire classique de la science du droit* (1823).

¹²⁷ BOITARD Claude (dit l'aîné), *Dictionnaire portatif de droit français, ou répertoire de jurisprudence sur le droit civil et sur la procédure civile...*, 1825.

¹²⁸ CRIVELLI Joseph-Louis, *Dictionnaire du droit civil, commercial, criminel, et de procédure civile et criminelle...*, 1825.

¹²⁹ Cf. le chapitre 3, titre III, première partie – consacré à ce que nous avons dénommé : la *doctrine praticienne de vulgarisation*. Si ces développements portent sur une littérature comprise entre les années 1820 et 1890, les caractères que nous mettons en évidence empruntent pour beaucoup à cette littérature prétorienne du début du XIX^e siècle.

¹³⁰ Le professeur MOLLIER l'explique très clairement en exposant les ressorts économiques sous-jacents à ces entreprises doctrinales – particulièrement par le biais de travaux réalisés sur Désiré DALLOZ. Cf. à cet égard une notice consacrée à ce personnage (*in* [collectif], *Dictionnaire encyclopédique du livre*, Paris, Éditions du Cercle de la librairie, 2002-2011 (4 vol.), t. 1, p. 714 ; v^o Dalloz).

¹³¹ Pour une présentation éclairante de ces recueils de jurisprudence, nous renvoyons à la thèse précitée de Pierre-Nicolas BARENOT : *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)* (2014).

*Journal du Palais*¹³² ; le *Journal des audiences*¹³³, réformé à partir de 1824 par Désiré DALLOZ qui lui donna le nouveau titre de *Jurisprudence générale du royaume*¹³⁴ ; sans oublier le *Répertoire universel* de MERLIN DE DOUAI¹³⁵ ; et les *Questions de droit* du même¹³⁶. Toutes ces sources sont circonscrites au premier tiers du XIX^e siècle. Nous nous sommes résolu à ces bornes chronologiques avec cette conviction qu'en portant notre examen sur des œuvres trop espacées, la comparaison s'expose à des interprétations équivoques, en confrontant des auteurs dont les ambitions peuvent avoir été sensiblement différentes à raison des époques qui les ont séparés.

21. Enfin, mentionnons pour information les *Questions de droit* que Jean-Baptiste SIREY a projeté de réaliser, sans rien entreprendre d'autre qu'un fascicule¹³⁷. Si au fond, nous y trouvons seulement quelques définitions – d'ailleurs très succinctes – depuis le mot « abattoir » jusqu'à « avoué », son intérêt historique réside plutôt dans la description du programme scientifique¹³⁸. Certes, la personnalité assez singulière de cet avocat aux Conseils ne doit pas nous porter à des conclusions trop générales. Cependant, son projet nous semble illustrer le fait que les arrêtistes et les auteurs de répertoires – ne fût-ce que certains d'entre eux – n'ont pas été insensibles au développement du droit administratif, en marge avec un enseignement dispensé à la Faculté.

¹³² *Journal du Palais, contenant les jugemens du Tribunal de cassation, et des tribunaux d'appel de Paris et des départemens...*, an IX (1801) [recueil périodique]. Fondé par un avocat, Antoine-Charles LEBRET DE SAINT-MARTIN, il fut refondu en 1823 par l'avocat Hyppolite BOURGEOIS, puis par l'avocat aux Conseils Alexandre LEDRU-ROLLIN à partir de 1837.

¹³³ *Journal des audiences de la Cour de cassation ; ou Recueil des principaux arrêts rendus par cette cour, en matière civile et criminelle*, 1809-1824 (22 vol.) [recueil périodique]. Fondé par le greffier de la section civile de la Cour de cassation, Géraud-Timothée DENEVERS, il associa surtout des greffiers de la Cour de cassation jusqu'en 1825 où Désiré DALLOZ en reprit la direction.

¹³⁴ *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle : ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales*, 1825 [recueil périodique].

¹³⁵ MERLIN (dit de Douai) Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, 1827-1828 (18 vol. ; 5^e et dernière édition). Cet ouvrage a été fondé par Joseph-Nicolas GUYOT (1776) qui assumait les deux premières éditions avant que MERLIN DE DOUAI ne lui succédât à la tâche.

¹³⁶ MERLIN (dit de Douai) Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique des questions de droit...*, 1827-1830 (8 vol. ; 4^e et dernière édition). Cet ouvrage a été fondé par Barthélemy-Joseph BRETONNIER (1718), suivi par Antoine-Gaspard BOUCHER D'ARGIS qui assumait les quatre éditions suivantes – toutes parues sous l'Ancien Régime. MERLIN DE DOUAI lui succéda sous l'Empire en faisant lui-même paraître quatre éditions supplémentaires.

¹³⁷ [SIREY Jean-Baptiste], *Questions de droit administratif, ouvrage où l'on recueille et apprécie les faits et les réclamations, les règles et les décisions notables, touchant les droits privés, en souffrance par le fait de l'administration : pour servir à la formation d'un « Cours de droit administratif »*, Paris, J.-F. Pouleur, 1819. L'auteur n'est pas clairement nommé, sauf par cette mention qui laisse peu de doutes : « par les Auteurs et Collaborateurs du Conseil d'État selon la Charte, de la Jurisprudence administrative du Conseil d'État, et du Recueil général de Lois et des Arrêts ».

¹³⁸ Jean-Baptiste SIREY esquisse un projet scientifique qui, s'il eût été entrepris, aurait étayé le cours du baron de GÉRANDO en proposant des petites dissertations sur « toutes les matières d'administration touchant à nos droits privés » (p. 6). En leur sein, nous eussions trouvé pour chaque question un exposé critique des textes et de la jurisprudence, un examen qui en eût apprécié la pertinence au regard de la protection des droits privés et, le cas échéant, des propositions de réformation en faveur des administrés. Nos recherches n'ont trouvé aucune suite à ce projet.

22. **La littérature prétorienne : un autre regard oblique.** – PORTIEZ DE L'OISE et BONNIN se sont efforcés de traiter des lois administratives. Quoique le second fut critique vis-à-vis de la définition donnée par le premier¹³⁹, tous deux n'ont pas moins compris les lois administratives comme celles embrassant les individus et leurs propriétés sous les rapports qu'implique l'organisation sociale pour son maintien. C'est-à-dire les rapports par lesquels ils se prêtent à l'action de l'administration – comme autorité tutélaire. Aussi ces administrativistes ont-ils délaissé tous les aspects de l'activité administrative où il est moins question de régler ce par quoi l'administration fédère les intérêts particuliers, que de pourvoir à la logistique de l'administration – c'est-à-dire l'économie de l'administration publique prise comme institution¹⁴⁰. Il en a va ainsi en particulier des travaux publics et des fournitures. PORTIEZ DE L'OISE n'a consacré aucun développement aux travaux publics et si BONNIN s'y est attardé quelque peu, c'est avant tout sous le rapport des relations entretenues par l'administration avec les propriétés privées, comme autant de prélèvements et de servitudes imposés aux particuliers sur leur patrimoine. D'où l'expression de « *matières mixtes administratives* » qu'il emploie¹⁴¹. Lorsqu'il traite du concours de l'industrie privée à la réalisation des travaux publics, il prend garde d'indiquer que cette approche « *se rattache à la propriété communale et aux charges imposées aux habitants* »¹⁴². À l'inverse, les recueils de jurisprudence ont ceci de spécifique qu'ils embrassent le droit sans esprit de système¹⁴³, suivant les litiges dont les juges ont été

¹³⁹ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1812), p. viij.

¹⁴⁰ L'expression même de « lois administratives » pour désigner peu ou prou ce que nous appelons aujourd'hui le droit administratif, indique assez bien que ce droit est conçu d'après les relations qui l'attachent au droit constitutionnel. La conception que s'en font PORTIEZ DE L'OISE et BONNIN s'inscrit dans un schéma qui appréhende le droit administratif comme une économie des normes – celles dont la fonction est de réaliser quotidiennement la cohésion que les intérêts privés menacent de défaire par l'inertie naturelle de leur égoïsme. Cette représentation du droit administratif se distingue de celle fondée sur une physiologie de l'administration publique, c'est-à-dire l'étude de son fonctionnement. Cf. du professeur GUGLIELMI : *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt CADOT (1789-1889)* (Paris, L.G.D.J., 1991 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 295 sq.).

¹⁴¹ Charles BONNIN s'en explique : « *L'action directe et légale de l'administration sur les personnes et les propriétés (...) n'agit plus qu'indirectement sur les unes et sur les autres en matière de travaux publics, de dépenses et de comptabilité. (...) J'ai donc dû séparer ces matières dans l'ordre des idées, comme matières mixtes administratives ; car, on n'y trouve pas ces rapports nécessaires des personnes et des choses à la société en général, rapports qui déterminent le jeu de l'action administrative, et sans lesquels on ne pourrait concevoir la société, telles importantes d'ailleurs que soient ces matières* » (*Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1812), p. xxviii-xxix).

¹⁴² *Id.*, p. 25.

¹⁴³ Ce qui n'empêche pas que leurs auteurs puissent développer des réflexions d'une essence plus éminemment doctrinale que les commentaires d'arrêts – pour emprunter un point de vue du professeur BIENVENU suivant qui cet exercice est le « *degré zéro de l'écriture juridique* » (« Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », in *Droits* 1985, n° 1, p. 156). Ainsi est-ce le cas de l'avocat aux Conseils SIREY, auteur du *Recueil général des lois et arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public, depuis l'avènement de NAPOLÉON* (Paris, Au Quai de l'Horloge) : soit qu'il y égrène des réflexions sur des sujets aussi divers que l'administration publique (1820, t. 20, II-55), le droit administratif (1820, t. 20, II-16 & II-56), les lois politiques (1820, t. 20, II-78), les lois administratives (*ibid.*), le droit de résistance (*ibid.*), l'arbitraire (1820, t. 20, II-56), la gestion administrative (1820, t. 20, II-97), etc. ; soit qu'il y

saisis – en choisissant de rapporter ou non l'intégralité des arrêts. Ce faisant, ils présentent cet avantage de couvrir des questions délaissées par des ouvrages comme ceux de PORTIEZ DE L'OISE et de BONNIN. En développant leur propos d'une manière linéaire, ces derniers ont été amenés à occulter – délibérément serions-nous tenté de dire – certains aspects que, pourtant, nous associons aujourd'hui au droit administratif. Pour cause, ils ont appréhendé les lois administratives à partir d'un propos doctrinal réfléchi. Tandis que les recueils et répertoires sont hétérogènes par nature, étant donné leurs formules séquencées qui permettent d'embrasser des questions qui pour être contemporaines, sont hétéroclites. C'est pourquoi nos développements consisteront, d'une part, à rapporter le soin avec lequel les arrêttistes ont traité des questions relatives aux contrats de l'administration ; d'autre part, d'en proposer une interprétation qui permette de faire apparaître les ressorts de cette démarche, et de mieux comprendre, par une opposition des perspectives, pourquoi des auteurs comme PORTIEZ DE L'OISE et BONNIN ont marginalisé ces questions.

23. Charles BONNIN a défini l'administration : il a caractérisé son objet, son principe. Il a choisi un biais propre à en saisir la nature, donc ce qui la fonde. En revanche – mais ce n'est là qu'une conséquence de sa démarche doctrinale, non celle d'une négligence – il est peu loquace pour indiquer là où l'administration cesse. Il a certes indiqué ce qui la distingue du gouvernement et de la justice : la première est fondamentalement *action* lorsque les autres sont respectivement *direction* et *examen*¹⁴⁴. Cela étant, il ne précise aucune des marges à partir desquelles son action cesse. Ce n'est pas qu'il ait omis de traiter des organes de l'administration – lui et d'autres¹⁴⁵. Cependant, il s'épanche peu sur les liaisons graduées que cette dernière établit en son dehors avec la société. Selon le professeur GUGLIELMI, ce n'est qu'à partir des années 1830 que les administrativistes « *abandonnent l'étude des caractères d'une Administration publique unitaire, au profit de l'étude des interactions entre l'Administration publique et d'autres acteurs*

reproduise ses réflexions publiées ailleurs (cf. par exemple sur le Conseil d'État : 1818, t. 18, II-330 ; 1821, t. 21, II-90, II-105 & II-145) ; soit qu'il y rapporte des écrits d'autres auteurs (magistrat, avocat, professeur, administrateur), tels MERLIN DE DOUAI (1800, t. 1, II-239), PORTIEZ DE L'OISE (1808, t. 8, I-198), LOCRÉ (1809, t. 9, II-169), BLONDEAU (1809, t. 9, II-277), HENRION DE PANSEY (1814, t. 14, II-86), GÉRANDO (1820, t. 20, II-16), BAVOUX (1821, t. 21, II-201) ou encore ISAMBERT (1822, t. 22, II-371) pour citer les plus connus. Ces indications ont pour objet de faire remarquer qu'au lieu d'être seulement une collection d'arrêts – ce qui est le cas par exemple du *Recueil des arrêts du Conseil d'État* de MACAREL, ou de la *Jurisprudence du Conseil d'État* de SIREY –, certains recueils se présentent comme un forum doctrinal où y trouvent place des documents aussi divers que des rapports législatifs jusqu'à des études critiques, en passant par des conclusions du ministère public (de la Cour de cassation), des plaidoiries, des dissertations, etc.

¹⁴⁴ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1812), p. 63 sq.

¹⁴⁵ Sur l'analyse organique de l'administration à laquelle les administrativistes se sont livrés pendant le premier tiers du XIX^e siècle, cf. GUGLIELMI Gilles-J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française...*, op. cit. (1991), p. 81 sq.

du système juridique »¹⁴⁶. Et c'est entre 1830 et 1865, tout particulièrement à propos des « problèmes juridiques des fonctionnaires et de l'intervention par voie de contrat » que « les administrativistes construisent la notion d'Administration publique » comme notion juridique¹⁴⁷. Nous nous joignons à cette opinion, à ceci près que nous pensons que cette appréhension proprement juridique de l'administration publique a été esquissée dès avant les années 1830. Cette opinion s'applique spécialement aux arrêtistes qui se sont préoccupés des relations contractuelles de l'administration pour ses fournitures et travaux publics. Parmi les arrêts rendus jusque dans les années 1820, bien peu concernent l'exécution même des marchés en question¹⁴⁸. La majorité d'entre eux intéressent la nature des relations qui en résultent – spécialement la qualité du fournisseur. C'est la raison pour laquelle nous porterons principalement notre examen sur les marchés de fournitures (de l'État)¹⁴⁹. Nous négligerons ici les adjudications domaniales et les baux administratifs, car les interrogations soulevées à leur sujet furent sensiblement différentes, pour ne pas dire étrangères à cette problématique.

- 24. Qualifier le fournisseur, distinguer l'agent administratif.** – La lecture, même superficielle, du *Recueil général des lois et arrêts* aide à réaliser que le Conseil d'État fut constamment préoccupé – au moins jusque dans les années 1820 – à définir l'administration par là où elle finit, en s'attachant tout spécialement à ses rapports avec les fournisseurs. Toutefois, pour poser des solutions relativement cohérentes, les arrêts pertinents n'indiquent explicitement aucune doctrine. Aussi est-ce davantage la manière dont les arrêtistes en traitent qui nous importe, car la systématisation à laquelle ils se livrent donnent à voir les linéaments d'une administration publique formellement délimitée. Sans formuler aucune appréciation de valeur, tous cependant ne sont pas dignes du même intérêt (du point de vue historique). Dans son *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, Louis-Antoine MACAREL¹⁵⁰

¹⁴⁶ GUGLIELMI Gilles-J., « La portée de la notion d'Administration publique chez les administrativistes du XIX^e siècle », in [collectif], *Doctrine et doctrines en droit public*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, 1997, p. 58.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Le professeur BIGOT l'a souligné à propos des marchés de travaux publics (*L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration : vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, Paris, L.G.D.J., 1999 (thèse de doctorat, université Rennes I), p. 80).

¹⁴⁹ Dans la mesure où les marchés de fournitures des communes ressortissent à la compétence judiciaire, les arrêtistes n'en ont pas traités sous le même rapport. C'est pourquoi nous les délaissions dans notre propos.

¹⁵⁰ Au sujet de Louis-Antoine MACAREL (1790-1851), voir la notice biographique que lui consacre le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880... op. cit.* (2009), p. 276), ainsi que celles dont il fait l'objet dans le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004) et le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Outre la thèse du professeur SAVOYE (*Quelques aspects de l'œuvre de Louis-Antoine MACAREL (1790-1851) : contribution à l'étude de la naissance des sciences politiques et administratives*, 1970), mentionnons le n° 34 de la R.H.F.D. (2016) où trois articles lui sont dédiés. Il fut avocat au barreau de Paris avant d'acquérir la charge d'avocat aux Conseils (1822-1827). Il assumait en outre plusieurs

répartit les arrêts d'après une organisation pyramidale : il les distribue entre plusieurs rubriques, au sein desquelles les arrêts sont précédés d'une indication qui permet pour chacun de saisir la spécificité de la question posée au juge¹⁵¹. Cette méthode ne manque pas d'avantages pour la compulsation¹⁵². En revanche, elle est d'un certain point de vue plus pauvre que la méthode de classification adoptée par Jean-Baptiste SIREY. Souvent, celui-ci range un même arrêt sous plusieurs occurrences – ce qui permet de discerner les différents aspects de la solution prétorienne intéressant les contemporains. De même, il établit entre elles des correspondances qui font voir dans quelle mesure une question de droit est transversale au droit administratif. Ces renvois font apparaître un réseau d'occurrences à partir duquel se dégagent les linéaments de conceptions doctrinales – comme par exemple celle qui nous intéresse ici : savoir le statut des fournisseurs et entrepreneurs. Sa principale motivation n'a pas été celle de ranger les arrêts dans des catégories hermétiquement closes emboîtées les unes dans les autres, afin de les classer par oppositions, retranchements et exclusions. Mais plutôt celle de mettre en perspective une question de droit avec d'autres, de sorte que le lecteur puisse se représenter les synergies qui les traversent et en commandent les solutions. Nous dirions que les tables analytiques de Jean-Baptiste SIREY organisent une intelligence soucieuse de saisir la jurisprudence dans ses mouvements, tandis que celles de Louis-Antoine MACAREL manifestent plus modestement une ambition taxonomique. C'est la raison pour laquelle le recueil de Jean-Baptiste SIREY nous semble plus adéquat pour faire apparaître la nature des interrogations qui se sont posées à propos des marchés de l'administration. À partir du contentieux qu'ils ont suscité, il a mis en exergue la manière dont la jurisprudence administrative a différencié les individus employés au service de l'administration. Nous sommes convaincu que ce sont par ces interrogations que les contours de

enseignements : en Égypte à l'occasion d'une mission (1828), puis à la faculté de Paris (1828-1849) ; avant d'intégrer le Conseil d'État à l'occasion de sa nomination au sein de la commission dite de BROGLIE (1830).

¹⁵¹ Si nous considérons par exemple la table alphabétique du premier tome (1821), l'auteur dresse une liste d'occurrences parmi lesquelles deux nous intéressent : « *Fournisseurs* » et « *Fournitures* ». Sous chacune d'entre elles, il catalogue les arrêts en les distinguant par une incise. Ainsi pour « *Fournisseurs* », nous trouvons les mots suivants : « *Arbitrage* », « *Chose jugée* », « *Pièces perdues* », « *Sous-traitants, compétence* » ; pour fournitures : « *Bons, rachat* », « *Cautionnement* », « *Charges de guerre, cotisation* », « *Indemnité* », « *Liquidation* », « *Marché d'urgence* », « *Pertes de* », « *Prix des* », « *Sous-traitants* ». Le souhait de MACAREL semble avoir été celui de classer les arrêts parmi les matières de la législation administrative, que nous retrouvons peu ou prou dans ses *Éléments de jurisprudence administrative* (1818) où elles y constituent les têtes de chapitres (cf. à cet égard le prospectus placé en tête du premier tome de son recueil, précité). En somme, ce sont les indications à partir desquelles ses successeurs ont constitué le plan de classement du *Recueil Lebon* (sur l'histoire de ce plan, voir cet article de Christine MAUGÜÉ Christine & Jacques-Henri STAHL : « Sur la sélection des arrêts du *Recueil Lebon* », in *R.F.D.A.* 1998, p. 768).

¹⁵² Le professeur TOUZEIL-DIVINA l'a signalé en soulevant que le recueil de MACAREL reprend « *en un abstract les termes importants, le résumé de la procédure et des prétentions de chacun, la (ou les) question(s) de droit posées au juge, les références de l'arrêt et les normes litigieuses et même la mention de certains précédents ou revirements accompagnés, parfois, de notes explicatives* » (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, op. cit. (2009), p. 56).

l'administration ont été formalisés : non pas tant – ou pas seulement – au travers des organes la constituant, qu'en s'aidant de la manière dont sont différenciés les individus admis à concourir à son action. Car les marchés de l'administration ont sans cesse posé cette question : comment fournisseurs et entrepreneurs pouvaient-ils être envisagés à l'égard des agents administratifs ? comment – autrement dit – pouvaient-ils s'en distinguer ?

- 25. Spécifier les fournisseurs : des réflexions employées à formaliser les contours de l'administration publique.** – D'après nos recherches, les premières définitions des marchés de fournitures apparaissent à partir des années 1820 – sous la plume par exemple de MACAREL¹⁵³ ou de FAVARD DE LANGLADE¹⁵⁴. Pourtant, nous ne pensons pas que cela relève d'une audace quelconque ; ils ne paraissent pas en avoir manifesté l'intention. En se référant au jurisconsulte POTHIER, celui-là développe une définition qui s'articule à des référents doctrinaux classiques. Il s'agit de spécifier la nature du contrat à l'aide du code civil. Pourtant, cela ne doit pas nous faire conclure qu'avant ces auteurs, dont les écrits datent des années 1820, ces marchés aient été délaissés. S'ils ont attiré l'attention de quelques-uns, ce fut moins pour en proposer une définition doctrinale que pour situer les fournisseurs vis-à-vis des agents administratifs, tant la pratique administrative entretenait une confusion à cet égard. La jurisprudence administrative en atteste pour ce qui intéresse les deux premières décades du XIX^e siècle. Ces efforts ont dissipé une ambiguïté qui, sans l'être sous l'Ancien Régime, l'est devenue à partir de la Révolution¹⁵⁵. Celle-ci indique une rupture avec cette idée d'après laquelle le fait de concourir à la chose publique ne procédait pas nécessairement d'un *ministerium*¹⁵⁶. L'Ancien Régime ne s'est pas représenté l'administration sous un aspect monolithique. Y furent admis des collaborateurs aux profils pluriels : des officiers jusqu'aux entrepreneurs, en passant par les commissaires, munitionnaires, traitants, *etc.* C'est à l'aune de cette

¹⁵³ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, t. 2 (1818), p. 191 (v^o Marchés et fournitures) : « Les marchés de fournitures ou de travaux publics qui se contractent entre l'administration et des particuliers sont (...) des engagements souscrits sur un certain pied et moyennant une somme convenue ».

¹⁵⁴ FAVARD DE LANGLADE Guillaume-Jean, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, Paris, Didot, 1823-1824 (5 vol.), t. 3 (1823), p. 451 (v^o Marché) : « On entend aussi par marché la convention par laquelle l'administration stipule qu'une personne lui fera une fourniture ou un service moyennant un prix déterminé ».

¹⁵⁵ Cela est probant au travers des travaux menés sur l'administration financière de l'Ancien Régime. Certains montrent que l'administration des finances de la Couronne – au moins jusqu'au milieu du XVIII^e siècle – procède d'une gestion qui, sous de nombreux aspects, demeure domestique. Cf. à cet égard l'ouvrage de Marie-Laure LEGAY : *La banqueroute de l'État royal : la gestion des finances publiques de COLBERT à la Révolution française* (Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2011). Par ailleurs, les professeurs DESSERT & CHAUSSINAND-NOGARET ont largement contribué à préciser les relations des financiers – auxquels appartenaient les fournisseurs – avec la Couronne. Le professeur BRUGUIÈRE a effectué des travaux similaires autour de la Révolution : *Gestionnaires et profiteurs de la Révolution : l'administration des finances françaises de LOUIS XVI à BONAPARTE* (Paris, Corban, 1986).

¹⁵⁶ Cf. MOUSNIER Roland, « La fonction publique en France du début du seizième siècle à la fin du dix-huitième siècle », in *Revue historique* 1979, t. 261, p. 321.

hétérogénéité qu'à partir de la seconde moitié du XVIII^e siècle, l'administration fut conçue par quelques-uns comme une institution de nature ecclésiastique, caractérisée par une altérité qui pût la distinguer de son environnement. Et c'est précisément au travers des individus admis à la servir que certains lui conférèrent un aspect moderne¹⁵⁷. Derrière cette banalité d'après quoi l'administrateur agit pour le bien public, tandis que le particulier ne se soucie que du sien, s'est esquissé un portrait archétypal de l'administrateur, orienté à corriger sa nature peccable : « *Les soins de l'administrateur ne peuvent jamais égaler ceux de l'intérêt personnel* »¹⁵⁸. Toutes les précautions déployées à son endroit tendent à s'assurer de son dévouement, à contenir son égoïsme en requérant son abnégation, c'est-à-dire à justifier de sa vertu en parant à tous ces élans particuliers par lesquels perce une individualité redoutée – puisque définie en des termes pessimistes. Les ressorts de ce profil s'aident d'un contraste soulevé avec le fournisseur qui en concourant également à la chose publique, est plutôt aiguillonné par le désir de réaliser une opération spéculative. Dans la continuité de ces réflexions, la conception d'une administration publique – à partir du début du XIX^e siècle – est allée de pair avec une réflexion sur la fonction publique – quoique ce terme soit anachronique¹⁵⁹. La définition de l'agent administratif répond au moins pour partie à cette préoccupation : celle de penser plusieurs manières de servir, en discernant plusieurs catégories de collaborateurs. Et partant, celle de spécifier l'administration publique en en délimitant les contours. C'est en ce sens que s'est ébauchée une différenciation entre des relations de subordination (internes à l'administration) et des relations de collaboration proprement dites (extérieures à celle-ci). Lorsque nous consultons les tables du *Recueil Sirey* depuis le premier tome (les années antérieures 1801) jusqu'au vingtième au moins (1820), les occurrences « Garantie constitutionnelle », « Autorité administrative » et « Agent du Gouvernement » sont systématiquement associées à ces autres : « Fournisseur » et « Fournitures » ; plus rarement à « Travaux publics ».

Un chef divisionnaire des étapes et convois militaires est un agent du Gouvernement, et n'est pas tenu personnellement de payer des mandats par lui tirés dans l'ordre de son service¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Il semble que ce soit également l'opinion du professeur TULARD et de M. THUILLIER. Dans leur ouvrage sur l'histoire de l'administration, c'est une histoire de la fonction publique qu'ils ont entreprise. Ainsi qu'ils s'en justifient, ils ont souhaité saisir l'administration de l'intérieur, et non comme cela se fait le plus souvent au point de vue institutionnel (*Histoire de l'administration française*, op. cit. (1^{re} éd., 1984)).

¹⁵⁸ PROST DE ROYER, *Dictionnaire de Jurisprudence et des Arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire de BRILLON, connu sous le titre de Dictionnaire des Arrêts & Jurisprudence universelle des Parlements de France & autres Tribunaux ; augmentée des matières de Police, d'Agriculture, de Commerce, de Manufactures, de Finance, de Marine & de Guerre, dans le rapport qu'elles ont avec l'administration de la Justice*, Lyon, Imprimerie d'Aimé de La Roche, 1781-1788 (7 vol.), t. 2 (1782), p. 857 (v^o Administration, administrateur, administratrice).

¹⁵⁹ Le professeur TULARD et M. THUILLIER date cette naissance du Consulat (*Histoire de l'administration française*, op. cit. (1^{re} éd., 1984), p. 5).

¹⁶⁰ SIREY Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts...*, op. cit., t. 1 (1800), II-366. Mentionné sous l'occurrence « Agent du Gouvernement », à laquelle renvoie « Garantie constitutionnelle » et « Fournitures ».

Ou encore cette autre :

Les fournisseurs qui ne sont ni régisseurs, ni agents du Gouvernement, sont justiciables de l'autorité judiciaire pour raison de leurs sous-traités¹⁶¹.

26. Jean-Baptiste SIREY ne manque pas d'explicitier les termes de la problématique à l'occasion d'une affaire similaire :

Un arrêté du directoire exécutif, du 2 germinal an 5¹⁶² a tracé une ligne de démarcation bien sensible, quant à la compétence, entre les entrepreneurs de fournitures qui n'étaient, à l'égard du Gouvernement, que des régisseurs comptant de clerc à maître, et les entrepreneurs à *prix ferme* ; les premiers étant des préposés des agents immédiats, toutes les contestations relatives aux sous-traités passés entre eux et les particuliers, sont de la compétence de l'autorité administrative.

Mais il n'en est pas ainsi à l'égard des fournisseurs à *prix ferme*, les sous-traités qu'ils passent n'obligent qu'eux seuls ; ils sont étrangers au Gouvernement, et par conséquent les difficultés relatives à leur exécution sont de la compétence exclusive des tribunaux¹⁶³.

Il s'agit de déterminer dans quelles mesures les individus portés à servir l'administration, sont soumis à sa hiérarchie en abdiquant leur autonomie ; et d'après quels biais ils sont intéressés à son service.

¹⁶¹ *Id.*, t. 5 (1805), I-213. Mentionné sous l'occurrence « *Autorité administrative* ». Jean-Baptiste SIREY fait le commentaire suivant : « Cette justiciabilité de l'autorité administrative n'est établie que pour les agents du gouvernement, qui agissent, pour ainsi dire, en son nom et par son ordre. – Elle n'est pas établie pour un entrepreneur qui, après un traité ou marché fait avec le gouvernement, souscrit des sous-marchés ou sous-traités avec des marchands pour les fournitures nécessaires : en ce cas, il y a purement trafic de particulier à particulier. L'entrepreneur n'est point un agent du gouvernement ; son opération n'a rien d'administratif : toute contestation à cet égard est de la compétence de l'autorité judiciaire » (p. 214).

¹⁶² L'arrêté du 2 germinal an V (22 mars 1797) dispose que : « Considérant que l'article XIII du titre II de la loi du 16 – 24 août 1790, établit en principe général, que les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; que par la loi du 16 fructidor an III, défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ; Qu'un autre principe, non moins certain, d'après les lois des 5 novembre 1790, et du 19 nivôse an IV, est que les demandes en paiement de sommes dues à la République, par la République, ne peuvent être intentées que par ou contre les commissaires du Directoire exécutif près les administrations, et que les tribunaux ne peuvent en connaître qu'après qu'elles ont subi l'examen des corps administratifs ; (...) Que dans la classe des affaires administratives, se rangent naturellement toutes les opérations qui s'exécutent par les ordres du Gouvernement, par ses agents immédiats, sous la surveillance et avec les fonds fournis par le trésor public ; Que si les demandes en paiement auxquelles ces opérations peuvent donner lieu, ou les autres contestations qui en peuvent naître, étaient portées devant les tribunaux ordinaires, il en résulterait d'abord, que l'agent du Gouvernement, qui n'opère que par ses ordres et avec les moyens qu'il en reçoit, pourrait être poursuivi et condamné personnellement à payer des sommes pour lesquelles il n'a contracté réellement ni fictivement aucune obligation personnelle ; Qu'en second lieu, comme tout jugement émané des tribunaux entraîne son exécution, il s'ensuivrait de deux choses l'une, ou que le préposé du Gouvernement se verrait dépouillé de sa propriété par des saisies judiciaires, ou que les propriétés nationales seraient à la merci du créancier de la République, lequel serait en droit, par l'autorité de la chose jugée, de les regarder comme le gage de sa créance ; qu'ainsi, les denrées, effets et marchandises dont le Gouvernement dispose par le ministère de ses préposés, seraient détournés de leur destination ; que les caisses de la trésorerie nationale elle-même seraient saisissables, qu'en un mot le service général pourrait être non-seulement entravé, mais totalement interrompu ; Qu'en troisième lieu, le tribunal qui prend sur lui, en pareil cas, de fixer une indemnité et d'en ordonner le paiement, s'arroge, contre tous les principes, le droit de créer une créance contre la République, tandis que toute indemnité en faveur de ceux qui ont travaillé pour le Gouvernement, doit être le résultat d'une liquidation qui est exclusivement réservée au Pouvoir exécutif ; Qu'enfin (et cet inconvénient n'est pas le moindre), le préposé du Gouvernement, personnellement poursuivi, pourrait, à son tour, attaquer personnellement en garantie les administrateurs supérieurs pour l'indemniser de toutes les condamnations prononcées contre lui » (Bulletin des lois 1797 (115), n° 1098, p. 1).

¹⁶³ SIREY Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts...*, op. cit., t. 4 (1804), II-505.

27. **Distinguer l'agent administratif, le régisseur et le fournisseur : concevoir plusieurs manières de servir l'administration.** – En rapportant la jurisprudence du Conseil d'État, Jean-Baptiste SIREY fut soucieux de souligner en quoi elle participa à configurer plusieurs catégories de collaborateurs. En premier lieu, ceux qui, employés par le gouvernement – agent ou régisseur¹⁶⁴ –, sont assujettis à sa tutelle, jusques et y compris dans leur gestion. Leurs intérêts particuliers sont occultés par ceux de l'administration. Tandis que sous l'Ancien Régime, la compénétration des intérêts privés et ceux de la Couronne était un mode ordinaire d'administrer la chose publique en en permettant un financement plus commode, l'administration napoléonienne a restreint cette hypothèse en contraignant ses agents à décliner leurs intérêts particuliers, de sorte qu'ils fussent plus exactement soumis à sa hiérarchie. L'une des principales traductions de cette exclusion est l'interdiction de ne réaliser aucune spéculation en rapport avec l'administration qui leur est confiée. À l'inverse, les fournisseurs contractent avec le gouvernement comme ils l'auraient fait dans une vente quelconque. Ils disposent d'une pleine latitude dans la gestion de leurs entreprises, si bien qu'ils sont libres de réaliser n'importe quelle spéculation à cette occasion. Ils en supportent le risque économique puisque le gouvernement contracte à prix ferme. Par contraste, le régisseur rapporte les fournitures que lui commande l'administration en lui faisant payer le prix exact qu'elles lui ont coûté, augmenté d'une commission qui s'apparente à une rétribution plutôt qu'à une prise de bénéfices. Dans cette dernière hypothèse, l'opération se présente sous une toute autre figure. Le régisseur met à la disposition de l'administration ses compétences suivant un rapport juridique analogue à celui du préposé – c'est-à-dire un rapport de subordination ; le risque économique repose exclusivement sur l'administration¹⁶⁵. Peu après Jean-Baptiste SIREY, Désiré DALLOZ en résuma le principe lorsque cette jurisprudence du Conseil d'État impérial fut entérinée sous la Restauration :

Ou l'entrepreneur de fournitures agit sous les ordres immédiats et avec les fonds du gouvernement et pour son compte, ou il a traité avec le gouvernement à prix fixe et agit, en sa qualité de fournisseurs, avec ses propres fonds et à ses risques et périls. Dans le premier cas, l'entrepreneur

¹⁶⁴ Le régisseur est un particulier qui, sans être agent du Gouvernement – c'est-à-dire sans être continuellement à son service –, est placé sous les ordres du Gouvernement dans un rapport de « *clerc à maître* ». Cela signifie qu'il est comptable de sa gestion envers celui-ci et que, ce faisant, il cesse de veiller à ses intérêts privés pour s'adonner exclusivement au service du Gouvernement. Jean-Baptiste SIREY emploie aussi cette expression dans le même sens : « *régisseur comptant de clerk à maître* ».

¹⁶⁵ Le choix entre l'une ou l'autre méthode – entre le marché ou la régie – dépend *in fine* de la conjoncture économique, selon que les entrepreneurs s'estiment ou non en mesure de réaliser un bénéfice à l'occasion des fournitures faites au gouvernement. En dernière extrémité, ce dernier a tout intérêt à s'attacher le service des fournisseurs comme régisseurs, si tout du moins les fournitures lui sont absolument nécessaires. Cette alternative prend sens lorsque nous réalisons que les principales fournitures sont souscrites pour les armées, en intervenant au cours de conflits qui perturbent les échanges commerciaux et bouleversent les prix des denrées. C'est pourquoi il n'est pas rare de trouver un fournisseur passer un marché pour telle fourniture, et dans le même temps se présenter comme régisseur pour telle autre. Cf. l'ouvrage précité du professeur BRUGUIÈRE (*Gestionnaires et profiteurs de la Révolution...*, *op. cit.* (1986)).

de fournitures n'est qu'un simple régisseur, un agent comptable de clerc à maître ; les tiers avec lesquels il a traité pour l'exécution de son mandat doivent s'adresser à l'administration et deviennent un justiciable de la même manière que s'ils avaient traité directement avec elle. – Dans le second cas, le fournisseur n'est plus agent de l'administration ; bien qu'il ne cesse pas d'être justiciable de l'autorité administrative pour les différends qu'il peut avoir à démêler avec le trésor, relativement à l'exécution de son marché, les tiers ne peuvent voir en lui qu'un individu qui se livre à une spéculation commerciale¹⁶⁶.

Ce principe fut du reste assez largement admis. Les commercialistes s'y montrèrent sensibles – tel le professeur parisien PARDESSUS :

L'achat, quelque considérable qu'il soit, n'est opération commerciale que s'il a pour but de revendre les choses achetées. C'est ce qui peut servir à décider la qualité de ceux qui achètent des denrées ou marchandises pour le service public : par exemple, pour la nourriture et l'équipement des armées. Si les acheteurs sont des préposés commissionnés par le Gouvernement ou par une administration qu'il a créée, ils ne font point d'opération commerciale ; s'ils sont entrepreneurs ou cessionnaires d'entrepreneurs, leurs achats sont une opération de commerce¹⁶⁷.

Nous pourrions citer dans le même sens l'exemple d'Émile VINCENS – chef de bureau au ministère de l'intérieur¹⁶⁸. Le professeur parisien DELVINCOURT fait exception en ignorant cette question dans ses *Institutes de droit commercial* (1810). Outre le droit commercial, celle-ci fut encore abordée par ceux qui traitèrent de l'organisation judiciaire. À l'instar du doyen de la faculté de droit de Rennes, Guillaume-Louis-Justin CARRÉ, dont les ouvrages reçurent une large audience tout au long de la première moitié du XIX^e siècle¹⁶⁹ ; ou bien encore de l'avocat DUPIN¹⁷⁰.

¹⁶⁶ DALLOZ Désiré (dir.), *Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale et criminelle, ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des cours royales. Nouvelle collection entièrement refondue, composée par ordre alphabétique des matières ; augmentée d'un nombre considérable d'arrêts, et contenant la jurisprudence depuis l'origine de la Cour de cassation jusques et y compris l'année 1824*, Paris, au bureau de la Jurisprudence générale du royaume, 1824-1830 (1^{re} éd., 12 vol.), t. 3 (1827), p. 176 (v^o Compétence).

¹⁶⁷ PARDESSUS Jean-Marie, *Éléments de jurisprudence commerciale*, Paris, Durand, 1811, p. 608. Il évoque encore cette question dans son *Cours de droit commercial* : « Il est certains cas où des engagements, de l'espèce de ceux qui nous venons de montrer être l'objet de la juridiction commerciale, ne doivent cependant pas y être soumis. (...) Ce sont (...) les poursuites qu'exercent contre les préposés du Gouvernement des particuliers qui leur auraient vendu des denrées et autres fournitures, ou qui auraient fait pour eux quelque travail et service ; l'administration seule a droit de prononcer. Mais il ne faut pas confondre (...) avec les agents du Gouvernement nommés et délégués par lui, des entrepreneurs et fournisseurs généraux ou particuliers. Ils contractent avec le Gouvernement l'obligation de lui faire des fournitures ou un service moyennant un prix convenu, et font précisément une opération commerciale, en achetant à d'autres personnes ce qu'ils ont à fournir, en le faisant fabriquer, ou en chargeant d'autres du service qu'ils ont entrepris » (Paris, Garnery, 1814-1816 (1^{re} éd., 4 vol.), t. 4, p. 28-29).

¹⁶⁸ VINCENS Émile, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, Paris, Barrois, 1821 (3 vol.), t. 1, p. 131-132

¹⁶⁹ CARRÉ Guillaume-Louis-Justin, *Les lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles, expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines*, Paris, Warée oncle, 1825-1826 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. 35 sq.

¹⁷⁰ DUPIN André, *Lois concernant l'organisation judiciaire, extraites de la collection in-4^o, dite du Louvre, et du Bulletin des lois : Recueil composé pour la commodité des Fonctionnaires publics et des Citoyens, en exécution de l'Avis du Conseil d'État du 7 janvier 1813 ; sur la commission spéciale de M^{gneur}. Le Garde-des-Sceaux, en date du 20 Février 1818*, Paris,

Par contraste, les auteurs de droit civil n'y font aucune allusion. Qu'il s'agisse des *Institutes de droit civil* du même (1808) ; ou bien plus spécifiquement du *Traité des obligations* du professeur dijonnais CARRIER (1818), et du *Traité des contrats* du professeur parisien DURANTON (1819).

28. Ces propos font apparaître que la différence introduite entre fournisseur et régisseur n'a pas tenu aux fonctions qui dans les deux cas consistent à faire des fournitures pour l'administration. Elle résulte plutôt d'une différenciation selon la manière dont chacun concourt à son action. Les interrogations relatives à la qualité des fournisseurs furent motivées par le souci d'organiser une gradation entre les collaborateurs associés au fonctionnement de l'administration : de l'agent jusqu'au fournisseur, en passant par le régisseur. En rapprochant systématiquement les expressions « agent du gouvernement » et « fournisseur », Jean-Baptiste SIREY indique clairement le principe de cette jurisprudence. Il est question de déterminer là où cesse le fait administratif, en départageant ceux qui sont mobilisés à son service ; de conférer à la spéculation une certaine valeur en la cantonnant soigneusement aux marges de l'administration (supposant l'abnégation) ; et de déterminer les responsabilités dont les termes dépendent du contrôle qu'exerce l'administration sur ses collaborateurs. Conçue comme une institution tutélaire, ses contours ont été formalisés de sorte à singulariser un personnel tout à fait typé. Sans viser à l'originalité – et c'est ce qui le rend intéressant pour notre propos – Jean-Simon LOISEAU souligne parfaitement la fonctionnalité à laquelle se prête cette analyse. Ainsi note-t-il à l'article « Autorité administrative », que celle-ci « *est compétente pour prononcer sur les intérêts entre une régie ou agence du Gouvernement et les sous-traitants. Mais incompétente pour décider des difficultés entre les fournisseurs et les sous-traitants* »¹⁷¹. Ce n'est pas tant la teneur de ces propos qui nous importe – lesquels ne sont pas inédits –, mais ce à quoi ils sont articulés. Ils attestent que l'administration a été saisie tout autant par le biais de ses institutions¹⁷², que par celui des individus employés à son service. Ainsi, sous l'Empire et vraisemblablement à la faveur de relations compliquées, suscitées par les guerres napoléoniennes, les administrativistes ont employé leur intelligence à la penser de telle sorte que son fonctionnement fût régulier et son action efficace. S'ils se sont employés à préciser la nature de la relation

Guillaume et C^{ie}, 1819 (2 vol.), t. 1, p. 172 *sq.*

¹⁷¹ LOISEAU Jean-Simon, *Dictionnaire des arrêts modernes...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1, p. 69 (v^o Autorité administrative).

¹⁷² C'est à ce titre que PORTIEZ DE L'OISE & Charles BONNIN se sont notamment signalés. L'on peut encore y rapprocher un auteur qui dans les premières années du XIX^e siècle, développa une définition de l'administration caractéristique des préoccupations de ses contemporains. Si au premier abord elle peut éventuellement nous paraître ennuyeuse, elle ne cesse de traduire une approche portée à souligner sa stricte subordination au pouvoir exécutif et un emploi régulier de ses prérogatives (*cf.* DESORMEAUX C.-P., *Dictionnaire raisonné des matières de législation civile, criminelle, de finance et administrative*, *op. cit.*, t. 1 (an XI), p. 167 *sq.* (v^o Administration)).

contractuelle liant l'administration à ses fournisseurs, ce fut pour formaliser un mode de délégation institutionnalisé – ce que nous appellerions aujourd'hui, une externalisation. C'est ce qu'il convient d'approfondir dans la section suivante.

Section 2. – Caractériser les fournisseurs (pour institutionnaliser un mode de délégation de l'administration)

29. **Conférer à l'administration publique une identité en marginalisant la spéculation, dissolvante d'une organisation hiérarchisée.** – Jean-Baptiste SIREY a fait ressortir ce qui singularise l'agent du gouvernement d'un fournisseur¹⁷³. C'est-à-dire qu'en organisant la jurisprudence pour en souligner les arêtes, il a explicité deux manières de concourir à la chose publique. L'agent du gouvernement incarne un modèle parfaitement antinomique avec celui qui lui fait face et qu'indique le fournisseur. Celui-là est celui « *qui exerc[e] des fonctions publiques, et qui, dans l'exercice de ces fonctions, ag[it] moins en [son] nom, qu'au nom d'une autorité supérieure* »¹⁷⁴. Quant au fournisseur, il agit pour son propre compte, c'est-à-dire qu'il se manifeste auprès d'autrui en son nom propre, assumant la responsabilité de tous ses actes. En contractant à forfait, il choisit de se constituer comme un relai de l'administration, plutôt que d'être son agent en répercutant fidèlement l'impulsion dont il ne serait qu'un vecteur. C'est ce que corrobore un auteur classique, familier de l'administration, en précisant ce qu'il faut entendre par « agence »¹⁷⁵. L'un et l'autre représentent deux manières pour l'administration de s'attacher le service d'individus afin de pourvoir à son fonctionnement – toutes deux sous-tendues par des choix gestionnaires : l'agence et l'entreprise. Un ancien officier de l'armée napoléonienne s'y attarda pour souligner, ce qui encore dans les années 1840, entretenait des équivoques.

L'expression agence (...) est employée par les ÉCRIVAINS qui traitent de l'ADMINISTRATION des ARMÉES ; (...) ils n'établissent pas de différence entre agence et RÉGIE ; s'il y en a une, elle consiste en ce que les comptes des agences se rendent plus habituellement de CLERC-À-MAÎTRE, et qu'elles sont plutôt, comme le dit VAUCHELLE¹⁷⁶, une voie économique directe. (...)

¹⁷³ À propos des enjeux sous-jacents à cette question, Jean-Baptiste SIREY propose cette raison – qui n'est peut-être par la seule : « *MM. les fournisseurs ont toujours eu la prétention de dessaisir les tribunaux. – Leur but était d'obtenir l'avantage de payer leurs obligations envers les particuliers, dans les valeurs et aux époques qu'ils étaient payés eux-mêmes par le Gouvernement* » (*Recueil général des lois et des arrêts...*, op. cit., t. 8 (1808), I-527).

¹⁷⁴ *Id.*, I-200.

¹⁷⁵ Suivant Joseph-Louis CRIVELLI, l'agent « *se dit de celui qui est chargé d'une Agence* » (*Dictionnaire du droit civil, commercial, criminel, et de procédure civile et criminelle ; ou Glossaire général des termes employés dans le langage particulier des lois, de ceux du droit français, et de ceux usités dans la pratique judiciaire : contenant leur étymologie, leur définition et leur explication, accompagnées d'une courte Notice des principes et des dispositions législatives, avec l'indication des articles des cinq Codes et des autres lois du royaume de France*, Paris, Bavoux, 1825, p. 37 (v° Agent)). Qu'est une agence selon le même auteur ? « *Ce mot sert à désigner les fonctions de ceux qui font les affaires du gouvernement dans certaines parties de l'administration ; de ceux qui se vouent par état à faire les affaires des particuliers* » (*id.*, p. 36-37 (v° Agence)). Pour les particuliers, les juristes parlent d'« agent d'affaires » et de « bureaux d'agence », c'est-à-dire les « *établissements dont les entrepreneurs font métier de se charger, moyennant salaire, des affaires d'autrui* » (*id.*, p. 86 (v° Bureau d'agence)). Pour les affaires publiques, la langue lui a substitué le mot « *régie* » puis « *administration* » (d'après le même). L'agent du gouvernement, celui en particulier qui n'est investi d'aucune autorité, est celui qui se fait « agent d'affaires » pour le compte du gouvernement.

¹⁷⁶ Cf. VAUCHELLE André-Jean *Cours élémentaire d'administration militaire*, Paris, Anselin, 1829 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 1, spéc. p. 100-102.

Les agences exercent GESTION en dehors des CORPS MILITAIRES ; les GESTIONS sont une manière d'agence opérant dans le CORPS même. – Faut-il préférer les agences aux ENTREPRISES, les PRIVILÈGES ADMINISTRATIFS aux RÉGIES, etc. ?¹⁷⁷

Ces modes d'administration renvoient *in fine* aux préoccupations dont des administrativistes comme PORTIEZ DE L'OISE et BONNIN ont été saisis. Car en isolant une entreprise gouvernée par l'esprit de spéculation, il s'agit de s'assurer le service dévoué des agents administratifs en leur supposant une abnégation telle qu'ils ne soient pas enclins à dévoyer les attributions pour les employer à leurs intérêts personnels.

30. Nous voyons deux éléments à l'aide desquels les administrativistes distinguent usuellement les collaborateurs entre eux. L'agent est subordonné à l'administration quant à sa gestion, et ses fonctions sont exclusives de tout intérêt privé¹⁷⁸. Ce n'est pas tant que la spéculation soit incompatible avec l'intérêt de l'administration. Toutefois, il est question de partager deux manières fondamentalement distinctes de s'impliquer pour la chose publique : entre l'agent qui s'adonne pleinement à l'administration en abdiquant tous ses intérêts ; et l'entrepreneur qui est mû par le souci de réaliser « *une affaire privée, quoique dérivant d'une affaire publique* »¹⁷⁹. C'est pourquoi afin de garantir intacte cette dichotomie, l'agent du gouvernement ne peut souscrire aucune obligation en son nom propre, sauf à devoir en assumer la responsabilité devant les tribunaux judiciaires¹⁸⁰. Aussi doit-il clairement indiquer sa qualité auprès de ceux avec qui il se lie dans le cadre de ses fonctions¹⁸¹. En somme, SIREY – mais après lui d'autres auteurs comme MACAREL dans ses *Éléments de jurisprudence administrative* ou CORMENIN dans ses *Questions de droit administratif* – dégage cette conception d'un agent qui oblitère son individualité pour servir l'administration à la sujétion de laquelle il se prête.

¹⁷⁷ BARDIN Étienne-Alexandre, *Dictionnaire de l'armée de terre, ou Recherches historiques sur l'art et les usages militaires des anciens et des modernes*, Paris, Corréard, 1841-1851 (17 vol.), t. 1 (1841), p. 129 (v° Agence).

¹⁷⁸ Cf. par exemple Jean-Baptiste SIREY – où s'y définit par contraste l'agent administratif : « *Les agents d'une entreprise pour le service de l'État, sont, comme les entrepreneurs mêmes, justiciables des tribunaux, à raison des obligations qu'ils ont contractées pour le service de l'entreprise envers des tiers ; et, bien qu'en s'obligeant ils aient agi en vertu d'ordres émanés de préposés du Gouvernement et conjointement avec eux pour assurer le service, ils ne peuvent, malgré cette circonstance, être considérés comme agents secondaires du Gouvernement, justiciables de l'administration* » (Recueil général des lois et des arrêts..., *op. cit.*, t. 16 (1816), II-256).

¹⁷⁹ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle ou Notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Cour de Harlay, 1818, p. 162.

¹⁸⁰ Cf. par exemple Jean-Baptiste SIREY : « *Bien que les contestations qui naissent de l'inexécution d'obligations contractées par une administration, soient du ressort de l'autorité administrative, néanmoins, lorsque ces obligations ont été souscrites purement et simplement par un fonctionnaire en son propre et privé nom, c'est aux tribunaux que la connaissance en est dévolue* » (Recueil général des lois et des arrêts..., *op. cit.*, t. 16 (1816), II-278).

¹⁸¹ Cf. par exemple Jean-Baptiste SIREY : « *Les agents du gouvernement, lorsqu'ils traitent en son nom et dans ses intérêts, doivent dans l'acte déclarer leur qualité, et faire la mention expresse qu'ils traitent au nom et pour le compte du gouvernement. – Sans cela ils sont liés par obligation personnelle, et justiciables des tribunaux ordinaires* » (*id.*, t. 20 (1820), II-237).

Au total, quiconque, soit à raison de fonctions habituelles, soit par un mandat passager, fait un service au compte du Gouvernement, ou exécute un ordre de l'autorité administrative, ne peut être traduit devant les tribunaux (à raison de ses fonctions ou de ce qu'il se permet dans leur exercice) qu'avec autorisation préalable¹⁸².

31. **Convergences entre droit administratif et droit commercial : distribuer et régler les représentations**¹⁸³. – Le mandat n'est pas tout à fait exact pour désigner ces situations juridiques dont il est question. Suivant l'idée que s'en fait la doctrine privatiste à cette époque, il consiste en un contrat gratuit¹⁸⁴. Quoique proche du mandat, c'est plutôt le terme d'« agent d'affaires » qui semble correspondre à l'esprit de Jean-Baptiste SIREY : à savoir un entrepreneur dont l'objet est de faire du mandat un métier¹⁸⁵. Le régisseur de clerc-à-mâitre apparaît comme un agent d'affaires au service de l'administration publique, tandis que l'agent administratif partage plusieurs des traits distinctifs des facteurs et commis. Pour cause, les préposés employés dans le commerce présentent des aspects qui les rapprochent des agents administratifs. Ils sont soumis à des règles analogues, en tant qu'ils « n'[ont] pas droit de faire, sans l'aveu de [leur] maître, un commerce particulier. (...) Comme en louant [leurs] services, [ils sont] censé[s] les avoir loués dans toute leur étendue, [ils] ne pourrai[ent] agir pour [leur] compte qu'autant qu'[ils] négligerai[ent] le travail qui [leur] est confié »¹⁸⁶. Par un corollaire, c'est l'idée de mandat qui aide à distinguer l'agent du gouvernement du simple préposé de l'administration, celui-là agissant publiquement au nom du Gouvernement en exerçant les fonctions dont il est investi. « *Les employés internes des bureaux des administrations, sans caractère public, ne sont pas à cet égard considérés comme agents du Gouvernement. (...) Il en est autrement des préposés externes des administrations de l'enregistrement, des douanes, des droits réunis, des postes et des forêts* »¹⁸⁷. À l'instar du droit commercial, la problématique dont se préoccupent les administrativistes réside dans la difficulté qu'il y a à rendre visible l'autorité publique sans qu'elle ne puisse être usurpée ou dévoyée dans ses pratiques. Il faut pouvoir en désigner clairement les manifestations.

¹⁸² SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, op. cit. (1818), p. 163.

¹⁸³ Ce rapprochement entre droit administratif et droit commercial est d'autant moins surprenant que l'enseignement universitaire du droit administratif fut, à la faculté de Paris (en 1815), semble-t-il confié au commercialiste PARDESSUS, en complément de son cours... de droit commercial (cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public...*, op. cit. (2007), p. 468 sq.).

¹⁸⁴ Ainsi par exemple Claude-Étienne DELVINCOURT, professeur de Code Napoléon à l'école de droit de Paris, définit ce contrat comme celui « *par lequel une personne confie la gestion d'une ou plusieurs affaires honnêtes, à une personne qui l'accepte gratuitement* » (*Institutes de droit civil français, conformément aux dispositions du Code Napoléon, avec les explications et interprétations résultantes des codes, lois et réglemens postérieurs*, Paris, Gueffier, 1808 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 3, p. 209).

¹⁸⁵ PARDESSUS Jean-Marie, *Cours de droit commercial...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1814), p. 579.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 556.

¹⁸⁷ SIREY Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts...*, op. cit., t. 8 (1808), I-200. L'auteur précise qu'il s'inspire pour une large part de la notice « *Garantie* » du *Répertoire universel* de MERLIN DE DOUAI.

32. Rapprocher le droit commercial et le droit administratif, c'est se représenter les enjeux qui y sont communs : pour l'un, organiser les responsabilités en les étayant sur une économie de la réputation ; pour l'autre, faire voir le pouvoir de sorte que ses expressions soient reconnues par les administrés sans équivoque¹⁸⁸. Si le droit administratif prend soin de dissocier le fournisseur de l'agent du gouvernement et du régisseur, le droit commercial s'affaire à bien distinguer le commissionnaire du préposé et de l'agent d'affaires. En différenciant chacune de ces relations, le souci fut celui d'imputer clairement les responsabilités selon la qualité des acteurs. D'un côté, le fournisseur et le commissionnaire agissent en leur nom propre¹⁸⁹. L'inverse est vrai pour les autres¹⁹⁰. Le droit administratif a distingué entre les fournisseurs et les agents du gouvernement, afin de régler précisément à quelles conditions l'administration engage sa responsabilité et à quoi doivent s'en tenir les tiers – selon qu'ils contractent eux-mêmes avec des fournisseurs ou avec des agents du gouvernement. De la même manière, certains commercialistes ont porté un vif intérêt pour l'assimilation du mandat au sein du commerce : de la préposition jusqu'à la commission. Le professeur PARDESSUS n'a pas manqué d'apercevoir les synergies qu'il y a entre ces questions, et d'établir des correspondances entre droit administratif et droit commercial. En témoigne cet extrait où il traite des entreprises de fournitures :

On ne doit pas considérer comme fournisseurs, ceux qui achètent par ordre et pour le compte de leurs maîtres ou commettans. (...) Ils n'achètent pas pour revendre à leur maître ou commettant. (...)

C'est ce qui peut servir à décider les contestations assez fréquentes sur la qualité des engagements pris par ceux qui font des achats pour le Gouvernement. Si les acheteurs sont des préposés commissionnés par lui ou par une administration qu'il ait créée, leurs achats ne sont point des

¹⁸⁸ C'est à la convergence de cette rencontre que nous nous désolidarisons de l'opinion du professeur BIGOT pour qui « *la détermination de qualité d'agent du gouvernement est toute empirique* » (*L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.* (1999), p. 62). À notre sens, les administrativistes surent lui désigner une définition opérationnelle. Certaines fonctions susciterent certainement des équivoques, mais ces cas litigieux procèdent moins d'une confusion des idées que de la confrontation des principes aux faits. Tel fut le cas à propos des chefs de ponts, tout à la fois préposés par certaines de leurs attributions, et concessionnaires par d'autres. La définition de l'agent du Gouvernement renvoie à la manière dont le pouvoir exécutif s'expose au-devant du regard public, par le biais d'un jeu où l'autorité publique est mise en scène. Celui-ci fait démonstration de sa capacité à maîtriser ses répliques miniaturisées qui circulent à travers la société et qui sont réputées (c'est le mot de SIREY) agir en son nom.

¹⁸⁹ « *Le commissionnaire agissant en son propre nom, devient l'obligé véritable de ceux avec qui il traite, et cependant, n'agissant ainsi que pour le compte d'autrui, ses rapports, envers ses commettans, restent toujours ceux d'un mandataire* » (PARDESSUS Jean-Marie, *Cours de droit commercial*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1814), p. 579). Par comparaison, le fournisseur aussi agit pour le compte d'autrui – celui du gouvernement. Et il n'en reste pas moins personnellement engagé pour les sous-traités souscrits à l'occasion de ses fournitures. Vis-à-vis du Gouvernement, il est comme un mandataire : il est pour l'exécution des fournitures soumis aux ordres du gouvernement ; vis-à-vis des tiers, il est appréhendé comme un entrepreneur qui réalise une opération spéculative.

¹⁹⁰ « *Les préposés des commerçans connus (...) contractent valablement pour eux. Ils les engagent pour tout ce qu'ils font dans l'ordre des pouvoirs que supposent leurs fonctions, ou la confiance dont ils ont habitude de jouir ; et par une raison corrélatrice, les engagements contractés envers ces préposés dans les mêmes circonstances, sont obligatoires en faveur de leurs maîtres, et irrévocables, sans qu'il soit nécessaire qu'ils les acceptent ou déclarent en profiter* » (*id.*, p. 132).

opérations commerciales. Il en est autrement, s'ils se sont engagés à faire les fournitures pour des prix convenus : au lieu d'être agens, ils sont vraiment entrepreneurs, puisqu'ils revendent au Gouvernement ce qu'ils ont acheté des particuliers¹⁹¹.

Ceci nous faire voir dans quel état d'esprit certains administrativistes ont envisagé la question des fournitures. Sous ce point de vue, le privilège de juridiction des fournisseurs et entrepreneurs ne s'explique pas seulement par la crainte que les tribunaux ne grèvent les finances de l'administration¹⁹², mais aussi par le souci de se réserver les litiges de ceux qui agissent comme mandataires du gouvernement. À l'inverse des baux administratifs, les marchés de fournitures et de travaux publics sont des conventions à partir desquelles l'idée de mandat est introduite et aménagée au droit administratif. Les interrogations soulevées à leur sujet nous paraissent assez analogues à celles suscitées en droit commercial avec la commission. Ce faisant, il est question de garder le contrôle sur des opérations confiées à des individus qui, pourtant, conservent une parfaite autonomie dans leur gestion ; qui en étant engagés sous les ordres de l'administration, agissent vis-à-vis des tiers en leur nom propre.

- 33. Convergences entre droit administratif et droit commercial : organiser des délégations institutionnalisées.** – L'administration et le commerce ont ceci de commun qu'ils sont à l'origine de deux sciences qui participent à organiser des institutions dont l'action est décuplée par l'entremise des agents intermédiaires. Administrativistes et commercialistes se sont souciés d'accompagner la pratique en formalisant des figures juridiques adéquates. La principale préoccupation fut celle de pouvoir imputer en toute occasion une responsabilité parmi une multiplicité de relations fondées sur la réputation. Tous deux ont organisé les dispositifs d'une confiance institutionnalisée, en associant le mandat à des qualités plutôt qu'à des personnes. Deux enjeux président à cette entreprise. En premier lieu, régler la subordination des préposés à l'égard de ceux qu'ils les emploient ou de ceux pour le compte de qui ils agissent. En second lieu, régler les conditions de cette délégation dans l'intérêt des tiers, de sorte que préposés et agents ne puissent profiter d'aucune ambiguïté qui leur permette de tromper ceux avec qui ils entrent en commerce. Il s'agit en somme d'organiser des modes de délégation dont l'efficacité repose sur la fermeté du contrôle exercé par le commettant, ainsi que sur la confiance qui doit être admise par l'ensemble du corps social pour qu'aucune de ses parties ne lui reste fermée¹⁹³.

¹⁹¹ *Id.*, p. 18-19.

¹⁹² Cf. en ce sens BIGOT Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration...*, *op. cit.* (1999), p. 81.

¹⁹³ Cet enjeu fut tellement déterminant qu'il préoccupa gravement les rédacteurs du code de commerce – relativement aux fournitures du gouvernement : « *Les fournisseurs du Gouvernement font un commerce très-étendu et qui les oblige à de nombreuses transactions avec des tiers ; qu'ils font aussi des effets de commerce qui circulent sur la place ; que si on ne les renvoie pas devant les tribunaux de commerce, les tiers avec lesquels ils ont traité ou qui se trouvent porteurs*

34. Selon PROST DE ROYER, celui qu'il présente comme l'un des pères de l'administration moderne – COLBERT – eût été inspiré par le commerce pour en organiser le fonctionnement¹⁹⁴. En effet, celui-ci défendit notamment l'adoption par les administrateurs de la partie-double – technique comptable mise au point par les commerçants et permettant de s'assurer un contrôle plus efficient sur les commis¹⁹⁵. C'est d'ailleurs à partir de cette « *technologie disciplinaire* » que le professeur LEMARCHAND a étudié les emprunts faits par la science administrative à la science commerciale, pour établir une corrélation entre les dispositifs comptables de l'une et l'autre¹⁹⁶. Cette assimilation qui ne se fit qu'à la fin du XVIII^e siècle, annonce dans les années 1720 « *un changement organisationnel fondamental. À un faisceau de relations contractuelles décentralisées [entre la Couronne et les financiers], on tente de substituer une administration bureaucratique centralisée, à laquelle la comptabilité est censée fournir un dispositif de surveillance destiné à modifier les comportements des comptables* »¹⁹⁷. La partie-double n'est qu'une illustration des emprunts faits au monde des affaires, ou plutôt une illustration des synergies entre cet univers et celui de l'administration royale. Les marchés de fournitures et de travaux publics en sont un exemple – et un exemple décisif pour saisir sous quel aspect ces marchés ont préoccupé les administrativistes du début du XIX^e siècle. La différenciation des modes de collaboration, de l'agent jusqu'à l'entrepreneur en passant par le régisseur, fut commandée par le souci permettre à l'administration de se lier efficacement des individus pour sa gestion. Sous ce rapport les arrêstistes – au premier rang desquels Jean-Baptiste SIREY – se sont efforcés de discerner différents cercles concentriques par lesquels les individus gravitent au service de l'administration. Cette préoccupation prend toute sa valeur lorsque nous considérons que certaine partie de l'administration de l'Ancien Régime – principalement celles des finances – fut essentiellement domestique dans ses

de leurs effets, deviendront donc aussi justiciables de l'administration ; que, comme cette intervention de juridiction pourra déplaire, les fournisseurs, privés de crédit, ne pourront acheter qu'à des prix élevés et seront obligés de faire payer de même ; qu'on ne prévienne cet inconvénient qu'en donnant la plus grande garantie possible aux sous-traitants » (in *Procès-verbaux du Conseil d'État contenant la discussion du projet de Code de commerce*, Paris, Imprimerie impériale, 1813 (2 vol.), t. 1, p. 29 ; propos de Jean BÉRENGER, séance du 4 novembre 1806).

¹⁹⁴ Ainsi d'après PROST DE ROYER : « COLBERT, qui avait étudié le commerce, & qui avait porté son esprit dans l'administration publique, perfectionna l'ordre établi par SULLY » (*Dictionnaire de Jurisprudence et des Arrêts...*, op. cit., t. 2 (1782), p. 833 (v^o Administration, administrateur, administratrice)).

¹⁹⁵ Pour une étude sur la diffusion de la partie-double dans le négoce et l'industrie, cf. LEMARCHAND Yannick, « Style mercantile ou mode des finances. Le choix d'un modèle comptable dans la France d'Ancien Régime », in *Annales. Histoire, sciences sociales* 1995, vol. 50, n^o 1, p. 159 & du même auteur : « À la conquête de la science des comptes : variations autour de quelques manuels français de tenue des livres », in [collectif], *Écrire, compter, mesurer : vers une histoire des rationalités pratiques*, Paris, Éditions rue d'Ulm, 2006, p. 33.

¹⁹⁶ LEMARCHAND Yannick, « Comptabilité, discipline et finances publiques : une expérience d'introduction de la partie double sous la Régence », in *Politiques et management public* 2000, vol. 18, n^o 18-2, p. 93.

¹⁹⁷ *Id.*, p. 94.

méthodes¹⁹⁸. Indépendamment des charges publiques, la Couronne s'est entourée d'une masse de collaborateurs à propos desquels la *summa divisio* droit public-droit privé aide assez peu à saisir le caractère. De nos jours, des auteurs signalent la filiation qu'il y eut entre le droit de police de l'Ancien Régime et le droit administratif du XIX^e siècle¹⁹⁹. Les ouvrages afférents se sont surtout intéressés à la surface sur laquelle l'autorité royale a exercé son action. Pourtant ce n'est ni à propos de la police, ni de la justice que SÉNAC DE MEILHAN écrivait, peu avant la Révolution, que « *l'administration est devenue une science* »²⁰⁰ – mais à propos de l'administration des finances qui, en étant livrée pour l'essentiel à l'industrie privée, fut un lieu privilégié par où les méthodes commercialistes infusèrent l'administration révolutionnaire, qui de domestique est devenue publique. Si l'assimilation de l'héritage de l'Ancien Régime a été difficile²⁰¹, certains administrativistes se sont efforcés de se l'approprier en différenciant les individus sollicités au service de l'administration. Vocation et abnégation ont été élevées comme les vertus cardinales de l'agent administratif – ainsi que les entérine le baron de GÉRANDO sous la Restauration²⁰². Par ailleurs, la garantie constitutionnelle a aussi été employée à cette entreprise doctrinale. Jean-Baptiste SIREY s'en fait le témoin en rapprochant celle-ci des questions relatives aux fournisseurs. Cette protection décriée comme un vecteur de l'autoritarisme napoléonien, a contribué à s'interroger sur les limites à assigner à l'administration. Moins pour circonvenir ses manifestations que pour organiser et départager les collaborateurs dont l'administration s'est entourée. C'est essentiellement dans le cadre de cette problématique que les fournisseurs ont été – au moins par les arrêstistes – appréhendés au cours des vingt premières années du XIX^e siècle. Tandis que les fournisseurs n'ont pas été assimilés à des contractants ordinaires dont leur seule qualité découlât du cadre contractuel, les marchés de fournitures ont été employés à formaliser l'action administrative. La manière dont ils ont été saisis par les mêmes arrêstistes en fut profondément marquée.

¹⁹⁸ Cf. LEGAY Marie-Laure, *La banqueroute de l'État royal...*, *op. cit.* (2011), p. 117 *sq.* et p. 217 *sq.*

¹⁹⁹ Cf. PLESSIX Benoît, « Nicolas DELAMARE ou les fondations du *droit administratif* français », in *Droits* 2003, n° 38, p. 113.

²⁰⁰ SÉNAC DE MEILHAN Gabriel, *Considérations sur les richesses et le luxe*, Amsterdam & Paris, V^{ve} Valade, 1787, p. 346.

²⁰¹ Sur l'évolution de cet héritage depuis la Révolution jusqu'à l'Empire, cf. en particulier les travaux de Michel BRUGUIÈRE sur l'administration des finances : *Pour une renaissance de l'histoire financière, XVIII^e – XX^e siècles* (Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 1992).

²⁰² Dans les *Institutes du droit administratif*, le baron de GÉRANDO consacre quelques développements aux fonctionnaires publics où il énonce les conditions de leur état : savoir la subordination et les incompatibilités inhérentes à leurs fonctions (certes, toutes les incompatibilités dont il traite concernent les fonctions publiques entre elles). Plus loin, il ne manque pas de ranger comme une de leurs obligations, celle de préciser qu'ils « *doivent à l'État, à la société, un dévouement absolu et sans bornes ; ils leur doivent leur temps, leurs talents, leurs connaissances ; ils leur doivent leur renoncement à toute vue personnelle, etc. ; ils leur doivent la fidélité, non seulement à une parfaite intégrité, mais une scrupuleuse délicatesse* » (*Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, Paris, Nève, 1829-1830 (1^{re} éd., 4 vol.), t. 1 (1829), p. 324).

Chapitre 3

Spécifier l'action administrative en caractérisant les marchés de fournitures

35. Si les fournisseurs ont soulevé des difficultés tenant à leur distinction avec les agents administratifs, c'est précisément parce les premiers étaient étroitement associés à l'action administrative au point d'interroger les limites institutionnelles de l'administration publique. C'est à cet égard que les marchés de fournitures ont été appréhendés : comme un vecteur de l'autoritarisme administratif (**section 1**). Tandis que les arrêtistes s'en sont aidés pour incarner l'action administrative afin de la rendre plus intelligible, les marchés de fournitures ont été conçus sous des aspects propres à les différencier d'autres contrats de l'administration, plus communs par leur destination, moins intimes de l'action administrative : spécialement les baux administratifs (**section 2**).

Section première. – Les marchés de fournitures : un contrat mis en œuvre par l'autoritarisme administratif

36. « *Le contrat n'est pas né contrat* » ? – Rien n'indique que la doctrine administrative eût été trompée par la nature des marchés de l'administration – pour ne parler que des contrats les plus spécifiques. D'aucuns soutiennent aujourd'hui que le contrat n'est pas né contrat. Après le professeur GAUDEMET qui a posé cette hypothèse²⁰³ et le professeur TOUZEIL-DIVINA qui l'a plus amplement développée²⁰⁴, d'autres comme le professeur BRENET l'ont entérinée.

Le contrat administratif fut d'abord une procédure avant d'être un contrat. (...) Cette conception a prévalu après la Révolution et ce n'est qu'avec l'abandon de la théorie des actes d'autorité et de gestion par le Tribunal des conflits en 1873 (...) qu'un début de conciliation entre « l'administrativité » et la « contractualité » a pu s'opérer²⁰⁵.

Il n'en reste pas moins que la plupart des auteurs qui au début du XIX^e siècle traitent des marchés, les appréhendent sans équivoque comme des contrats – tel par exemple Louis-Antoine MACAREL.

²⁰³ Cf. deux articles du professeur GAUDEMET : « Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi » (*in* *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005, n° 17, p. 91) et « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire » (*in* *R.D.P.* 2010, p. 313).

²⁰⁴ Cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCART (1799-1860)*, à paraître, p. 309 *sq.*

²⁰⁵ BRENET François, « Les contrats administratifs », *in* GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice & YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011 (2 vol.), t. 2, p. 219-220.

Les marchés de fournitures ou de travaux publics qui se contractent entre l'administration et des particuliers sont (...) des engagements souscrits sur un certain pied et moyennant une somme convenue²⁰⁶.

Cette analyse est banale tant elle est partagée par ses contemporains. En embrassant le droit civil jusqu'au droit public, FAVARD DE LANGLADE adopte un point de vue similaire : « *On entend aussi par marché la convention par laquelle l'administration stipule qu'une personne lui fera une fourniture ou un service moyennant un prix déterminé* »²⁰⁷. Cette appréhension est corroborée par des commercialistes comme le professeur PARDESSUS, lequel s'attacha à préciser la nature des conventions passées par les fournisseurs – avec l'État, comme avec leurs sous-traitants :

Il ne faut pas confondre (...) avec les agens du Gouvernement nommés et délégués par lui, des entrepreneurs et fournisseurs généraux ou particuliers. Ils contractent avec le Gouvernement l'obligation de lui faire des fournitures ou un service moyennant un prix convenu, et font précisément une opération commerciale, en achetant à d'autres personnes ce qu'ils ont à fournir, en le faisant fabriquer, ou en chargeant d'autres du service qu'ils ont entrepris²⁰⁸.

C'est à propos de la juridiction consulaire qu'ils en traitèrent le plus souvent, pour souligner incidemment la dérogation introduite au profit du Conseil d'État. Ce faisant – et c'est là ce qui nous importe –, ils situent les marchés de fournitures sur le même plan que les contrats, sans jamais suggérer qu'ils puissent être autre chose. À l'instar d'Émile VINCENS d'après qui cette compétence spéciale « *est un pacte exprès, une dérogation conventionnelle à la règle de compétence* »²⁰⁹. Ils ne semblent pas douter de la nature contractuelle des marchés. Sans être absolument spéciale à l'administration, cette locution renvoie au droit des obligations conventionnelles du code civil. Il aurait été inintelligible aux contemporains d'affirmer qu'il en fût autrement.

- 37. Difficultés méthodologiques.** – Notre sujet est enserré entre deux opinions : l'une tenant aux contrats de l'administration, l'autre à la doctrine administrative. En premier lieu, le professeur GAUDEMET souligne le caractère non-contractuel du contrat administratif. En proposant l'idée d'après quoi le « *contrat administratif n'est pas né contrat* », il suppose qu'il a été jusque dans l'Entre-deux-guerres « *une sorte de dérivé, de bifurcation de l'acte unilatéral, une procédure menée par l'administration, et qui appelle, le moment venu, l'adhésion d'un entrepreneur, d'un fournisseur, d'un prestataire lui-même conçu comme une sorte de collaborateur adhérent au marché de l'administration* »²¹⁰. Pourtant, la locution même

²⁰⁶ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative...*, op. cit., t. 2 (1818), p. 191 (v° Marchés et fournitures).

²⁰⁷ FAVARD DE LANGLADE Guillaume-Jean (de), *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative...*, op. cit., t. 3 (1823), p. 451 (v° Marché).

²⁰⁸ PARDESSUS Jean-Marie, *Cours de droit commercial...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 4 (1816), p. 29.

²⁰⁹ VINCENS Émile, *Exposition méthodique et pratique du droit commercial...*, op. cit., t. 1 (1821), p. 131 sq.

²¹⁰ GAUDEMET Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer

de *contrat administratif*, lorsqu'elle est employée ici et là, recouvre un sens mobile qu'il est difficile d'associer à une doctrine quelconque, sinon à une conception arrêtée. En outre, il nous paraît mobiliser – implicitement – une acception du contrat redevable des réflexions que susciterent les contrats d'adhésions au début du XX^e siècle. Nombre de publicistes ont discerné à travers ces contrats la rencontre de deux actes unilatéraux : une offre impersonnelle et une adhésion. Cette approche implique une conception du droit administratif à laquelle les administrativistes du premier XIX^e siècle furent étrangers. C'est pourquoi, cette hypothèse, qui du point de vue des pratiques administratives ne manque pas de pertinence, nous semble pourtant inappropriée pour analyser les discours doctrinaux au travers desquels les contrats de l'administration ont été appréhendés. Le fait que dans le premier XIX^e siècle, les administrativistes – dans le sillage des textes – parlent de « marchés » ou de « baux » plutôt que de « contrat », n'indique pas qu'ils aient conçus les premiers comme s'ils fussent d'une nature différente des contrats du code civil. En ce sens – sauf à nous méprendre sur le sens de cette citation –, nous nuancerons les propos du professeur BRENET selon qui :

L'administration passait des marchés, des concessions, des baux, *etc.*, mais ne concluait finalement de contrats que lorsqu'elle se soumettait au droit commun. Le seul contrat que l'administration pouvait conclure était en effet un contrat de droit privé²¹¹.

Que les termes de « marchés » ou de « baux » renvoient à des conventions marquées par quelques spécificités, nous n'en disconvenons pas. En revanche, nous ne poussons pas l'analyse jusqu'à affirmer que ces actes auraient été irréductibles aux contrats (du code civil). À ce qui nous semble, les juristes de la période dont nous parlons, n'ont jamais considéré qu'une sorte de contrat – ceux consacrés par le code civil –, et aménagés parfois de quelques spécificités – comme cela était le cas pour les contrats commerciaux. D'autre part, le professeur PLESSIX estime de son côté que la doctrine administrative a été impuissante à conduire aucune réflexion sur les contrats de l'administration, trop attachée qu'elle fut aux « *procédés formels d'élaboration scientifique du droit administratif, c'est-à-dire aux méthodes des juristes de l'Ancien Régime héritées de la tradition scolastique* »²¹². Aussi regrette-t-il l'absence d'une quelconque définition générique des contrats administratifs.

La fidélité aux sources ne pouvait qu'interdire tout travail de définition, dans la mesure où, en matière de contractuelle, la compétence administrative étant textuellement déterminée par la loi du 28 pluviôse an VIII pour les marchés de travaux publics et le décret du 11 juin 1806 pour les marchés de

les difficultés d'une entreprise nécessaire », in R.D.P. 2010, p. 315-316.

²¹¹ BRENET François, « Les contrats administratifs », in GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice & YOLKA Philippe (dir.), *Traité de droit administratif*, op. cit., t. 2 (2011), p. 219.

²¹² PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit. (2003), p. 732.

fournitures de l'État, l'analyse de la jurisprudence n'avait rien à offrir, du moins sur le plan d'une définition générale du contrat administratif²¹³.

Nous le rejoindrons parfaitement sur ce fait : les administrativistes n'ont pas formalisé les contrats administratifs comme nous nous y employons. Si cette locution a souvent été usitée dans les deux derniers tiers du XIX^e siècle, elle est bien plus rare auparavant. Cependant, nous souhaiterons confronter la doctrine administrative du premier tiers du XIX^e siècle au-delà du fait qu'elle n'a appréhendé aucun contrat administratif. Devons-nous en conclure qu'aucun discours doctrinal n'est possible en dehors de ce concept (tel que nous l'admettons de nos jours) ? N'a-t-elle pas pu saisir les contrats de l'administration d'après une intelligence différente de la nôtre ? Nous nous efforcerons d'en faire la démonstration. Les arrêtières se sont intéressés à la manière dont le fournisseur pouvait se distinguer de l'agent administratif. C'est au sujet de la compétence administrative que les administrativistes se sont engagés à différencier les contrats de l'administration. Sans se dissimuler derrière l'autorité des textes, ils se sont évertués à concevoir une partition qui fût en harmonie avec leur conception de l'administration publique.

- 38. Les marchés de fournitures : des contrats ordinaires par leur nature, exécutés par voie administrative.** – La nature des marchés de fournitures est rarement – sinon jamais – discutée. Les administrativistes partagent un point de vue similaire à celui qu'exprime un commercialiste comme le professeur PARDESSUS.

Lorsque les *ventes* nécessitent ou supposent un trafic préparatoire, et prennent le caractère de spéculations, elles sont rangées parmi les actes de commerce. Tel est l'esprit de la disposition qui a mis dans cette classe les *entreprises de fournitures*²¹⁴.

Cela ne fait nul doute pour le baron LOCÉ²¹⁵ qui estime dans les toutes premières années du XIX^e siècle que « l'État acquiert de la même manière que les particuliers »²¹⁶. Si l'État a la faculté d'acquérir autrement, ce n'est que par « une suite de la souveraineté nationale », d'après des manières strictement entendues comme « les déchéances, les amendes, les confiscations, la cession forcée des propriétés particulières à la nécessité publique ». Rien de tel pour les fournitures nécessaires à la marche de l'administration, car alors

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ PARDESSUS Jean-Marie, *Cours de droit commercial, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1814), p. 17-18.

²¹⁵ Au sujet de Jean-Guillaume LOCÉ DE ROISSY (1758-1840), voir les notices biographiques que lui consacrent le *Dictionnaire NAPOLEON* (1999) et le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Il fut secrétaire général du Conseil d'État de sa création (1799) jusqu'à la Seconde Restauration (1815).

²¹⁶ LOCÉ Jean-Guillaume, *La législation française ou Recueil des Lois, des Réglemens d'administration et des Arrêtés généraux basés sur la Constitution ; accompagnés de Notes qui en expliquent les motifs, les confèrent entre eux, et en rapprochent les Lois et Réglemens antérieurs qu'ils confirment, abrogent ou modifient ; et disposés sur un Plan de classification qui divise la Législation entière en autant de Codes particuliers qu'elle renferme de matières, et distribue les Lois, les Réglemens et les Arrêtés sous les matières auxquelles ils appartiennent*, Paris, Imprimerie de la République, an IX, p. 122.

« *l'État s'approvisionne par des achats* » – si l'on excepte toutefois les réquisitions lorsque l'urgence s'en fait sentir²¹⁷. Peu de temps après, il ne cesse d'affirmer qu'une fourniture, même réalisée pour le gouvernement, est un « *contrat de vente, contrat, de sa nature, soumis au droit privé* »²¹⁸. Sous le rapport de leur définition, les marchés de fournitures de l'État n'ont rien qui les distingue des marchés analogues souscrits entre particuliers. La liquidation du marché n'a elle aussi rien de singulier : l'entrepreneur doit strictement être rémunéré à concurrence de ses services. Sous la Restauration où le règlement du passif impérial actualise plus encore cette question, le vicomte de CORMENIN²¹⁹ l'affirme vigoureusement : « *Le Conseil d'État (...) se consid[ère] (...) comme un tribunal, comme un juge enchaîné par les étroites stipulations des traités* », si bien qu'il « *se li[e] religieusement à leur observation, favorable ou contraire aux intérêts du gouvernement* »²²⁰. Et si le baron de GÉRANDO ajoute qu'au respect des traités, doit s'ajouter celui de l'équité, il n'est pas mû d'une intention différente : ne fût-ce que pour des motifs empruntés à une gestion rationnelle, l'administration a tout intérêt à ne pas spolier ses fournisseurs pour attendre d'eux un service exact. « *Les règles de droit administratif, pour cette matière, se puisent moins dans des réglemens d'administration publique que dans le texte même des marchés, qui deviennent les conventions des parties, et dans les maximes de l'équité* »²²¹. Pour autant, lorsqu'il parle d'un « *État contractant* » dans ses rapports avec les entrepreneurs, il précise qu'il « *se trouve avec ceux qui ont traité avec lui dans une situation spéciale, relative à la nature de ces conventions* »²²². Cette tournure équivoque indique là où les administrativistes ont situé la spécificité de ces conventions.

39. La doctrine administrative ne s'est pas attachée à un légalisme étroit qui l'eût portée à évoquer purement et simplement le décret du 11 juin 1806. Elle n'a pas non plus attribué aux marchés une nature singulière qui les eût spécifiés vis-à-vis des contrats synallagmatiques. Cette spécificité réside plutôt dans les modalités de leur exécution. Le baron LOCRIÉ exprime cette idée sans ambages.

²¹⁷ *Id.*, p. 122-123.

²¹⁸ LOCRIÉ Jean-Guillaume, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caractère de ses actes*, Paris, Garnery, 1810 [probablement publié dès 1807], p. 189.

²¹⁹ Au sujet de Louis-Marie de LAHAYE, vicomte de CORMENIN (1788-1868), voir les notices biographiques que lui consacrent le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004) et le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Cf. en outre les travaux de René de LACHARRIÈRE (CORMENIN : *politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif*, 1941) & de Paul BASTID (*Un juriste pamphlétaire. CORMENIN : précurseur et constituant de 1848*, 1948). Soulignons qu'il entreprit la plus grande part de sa carrière au sein du Conseil d'État, de 1810 jusqu'à sa mort (sauf au cours de la Monarchie de Juillet contre laquelle il ne cessa de diriger ses critiques). Il fut élu député de 1828 à 1846, avant de l'être de nouveau en 1848 à l'Assemblée constituante.

²²⁰ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Ridler, 1822 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 316-317 (v^o Marchés).

²²¹ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 4 (1830), p. 364.

²²² *Id.*, t. 3 (1830), p. 379.

Il y a cette différence entre les marchés que font ensemble de simples particuliers et ceux des particuliers avec le Gouvernement, que, dans les premiers, tout est contentieux. (...) Le stipulant n'a pas en lui-même le droit, même sous prétexte d'urgence ou de dommage imminent et irréparable, de forcer la partie avec qui il a stipulé, à faire une chose à laquelle celle-ci prétend ne s'être pas engagée ; il ne le peut qu'après que la justice a examiné ses prétentions et condamné son adversaire. Dans les marchés avec le Gouvernement, au contraire, en cas de contestation sur l'étendue de l'engagement, pendant le cours de l'exécution, le Ministre, ou celui qui le représente, est provisoirement le premier et l'unique interprète du contrat, parce qu'il faut, avant tout, que le service public soit assuré. (...) Le Ministre agit donc par voie d'ordre et d'autorité, tant que le marché s'exécute. L'affaire ne devient donc forcément contentieuse qu'après la consommation du contrat, et quant au règlement des droits du fournisseur²²³.

Toujours en relation avec la juridiction du Conseil d'État, le président HENRION DE PANSEY justifie sa compétence contentieuse par la nécessité impérieuse devant laquelle l'administration est placée de faire exécuter promptement ses marchés afin que le service ne souffre aucune discontinuité. « *Ce traité est une convention synallagmatique. (...) Cependant si l'affaire est soumise aux tribunaux, si elle est assujettie aux formes d'une procédure régulière, tout sera perdu, il n'y aura plus d'armée long-temps avant l'obtention du jugement définitif* »²²⁴. Si donc le gouvernement demeure vis-à-vis du fournisseur un contractant ordinaire, il dispose d'une faculté exorbitante du droit commun – l'expression même est anachronique. Au lieu de recourir aux tribunaux pour réclamer sur la manière dont le fournisseur exécute le marché, l'administration peut lui ordonner toutes les mesures nécessaires. Voilà en quoi consiste cette spécificité propre aux fournitures de l'État : la faculté d'interpréter provisoirement et unilatéralement le marché pour ordonner aux fournisseurs toutes les mesures propres à en assurer une exécution qui fût en rapport avec les besoins du service. C'est ce qu'entend le baron LOCRE lorsqu'il énonce à propos des marchés de fournitures qu'ils sont « *jugé[s] administrativement* », pour cette raison que « *l'obligation ou le droit [qui en résulte] a sa source dans l'administration publique* »²²⁵.

- 40. Le principe d'une spécificité : déroger au principe de la médiation judiciaire pour l'exécution des marchés de fournitures.** – Depuis LOCRE jusqu'à HENRION DE PANSEY en passant par CORMENIN et SIREY – tous ces auteurs soulignent cette singularité dont ils réalisent l'écart avec le principe suivant lequel un contractant ne peut être contraint que par voie judiciaire. Si les civilistes ne le discutent pas, ils le sous-entendent assez largement²²⁶. Tel par exemple le doyen DELVINCOURT : il

²²³ LOCRE Jean-Guillaume, *Du Conseil d'État...*, op. cit. (1810), p. 183-184.

²²⁴ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois père, 1818 (2^e éd.), p. 503.

²²⁵ LOCRE Jean-Guillaume, *Du Conseil d'État...*, op. cit. (1810), p. 189.

²²⁶ FAVARD DE LANGLADE l'explicite clairement lorsqu'il participa à la rédaction du code civil comme membre du Conseil d'État (rapport prononcé devant le Tribunat, le 13 pluviôse an XII (3 février 1804), au

revient au juge judiciaire d'actualiser la valeur des conventions lorsqu'une dissension survient entre les contractants quant à son exécution.

Il arrive assez fréquemment que l'on est obligé d'interpréter les conventions, soit parce que les parties elles-mêmes se sont expliquées d'une manière obscure, soit parce qu'un événement survenu depuis le contrat, fait naître une question non prévue, et qu'il faut cependant décider²²⁷.

La médiation systématique du juge est du principe même de l'institution judiciaire qui est de s'interposer entre les particuliers en litiges. Y compris pour consacrer l'intention des parties à l'aune de laquelle les conventions sont interprétées²²⁸. C'est dans le même esprit que CARRIER – professeur de droit civil à la faculté de Dijon – souligne qu'une partie ne peut unilatéralement se soustraire à son engagement lorsqu'elle se trouve dans une situation où la loi l'y autorise. Car l'intervention du juge est nécessaire pour s'assurer que l'intéressé satisfait aux conditions posées par la Loi pour se désengager vis-à-vis de son contractant.

Les conventions formées par le consentement mutuel des parties ne peuvent être révoquées que de leur consentement réciproque contraire ; cependant elles sont quelquefois résolues *sur la demande de l'une des parties* contre la volonté de l'autre, lorsque la première se trouve dans un cas déterminé par la loi, et qu'elle a en sa faveur une des causes de résolution autorisées par elle²²⁹.

La résolution – ou *a fortiori* l'allocation des dommages-intérêts à celui qui a souffert de l'inexécution de la convention par son cocontractant – suppose l'intervention judiciaire, sans quoi les individus seraient admis à se faire justice à soi-même. Ainsi d'après le professeur DURANTON, « *quand il s'agit de faire détruire ce qui a été fait en contravention à l'engagement, comme le créancier ne peut se faire justice à lui-même, il doit demander l'autorisation à l'effet de faire supprimer ce qui aurait été fait* »²³⁰.

41. C'est en renversant ce principe que l'administration parvient à contraindre ses contractants négligents, sans même qu'un juge n'intervienne préalablement pour interpréter le marché.

Toutes les fois que (...) un fournisseur s'est mis en contravention formelle avec les termes du marché qu'il a passé avec l'administration, celle-

nom de la section de Législation). « *L'interprétation de la loi particulière des contractants ne pouvait appartenir qu'aux juges. Eux seuls peuvent, exempts de passions, lire dans l'intention des parties* » (Recueil de lois composant le code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission du Tribunat et les opinions émises pendant le cours de la discussion, Paris, Moreaux, 1803-1804 (8 vol.), t. 5 (1804), p. 162).

²²⁷ DELVINCOURT Claude-Étienne, *Institutes de droit civil français...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 2 (1808), p. 273.

²²⁸ Cf. en ce sens : CARRIER Jean-Baptiste, *Traité des obligations d'après les principes du Code civil, dans lequel on compare ce Code aux Lois romaines, et d'où l'on démontre sa supériorité sur elles dans tous les points où il s'en est écarté*, Dijon, Imprimerie de Bernard-Defay, 1818, p. 110 & DURANTON Alexandre, *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le code civil*, Paris, Nève, 1819 (1^{re} éd., 4 vol.), t. 1, p. 513.

²²⁹ CARRIER Jean-Baptiste, *Traité des obligations d'après les principes du Code civil...*, op. cit. (1818), p. 76-77 (c'est nous qui soulignons).

²³⁰ DURANTON Alexandre, *Traité des contrats et des obligations en général...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1819), p. 472.

ci est fondée à prendre les mesures qu'elle croit convenables pour maintenir les droits du trésor, et remédier (...) aux infractions que le fournisseur s'est permises ou qu'il pourrait encore se permettre²³¹.

Nombre des règles usuellement rapportées par les administrativistes découlent de cette singularité. Lorsque, par exemple, un fournisseur ne satisfait pas à ses obligations, l'administration peut lui réclamer les sommes qu'elle a dû engager pour passer un marché d'urgence en substitution du premier. Moins exorbitant qu'il n'y paraît, cette faculté adapte une règle du droit civil²³², de sorte que l'administration puisse se soustraire de l'intervention médiate du juge judiciaire en faisant supporter au contractant négligent la mesure du dommage qu'il lui fait subir en manquant à son service.

Lorsqu'il est constaté qu'un fournisseur a laissé manquer le service qu'il lui était confié, et qu'il a été passé un marché d'urgence par les agens de l'administration, ce fournisseur est passible de la différence du prix du marché d'urgence²³³.

Les marchés de fournitures se distinguent moins par les règles qui les singularisent, que par la faculté dont l'administration dispose de pouvoir contraindre son contractant, sans être tenu de solliciter le juge judiciaire. Bien qu'elle ne soit qu'une partie au contrat, l'administration fait exécuter les marchés comme elle l'entend, sans que ses fournisseurs puissent s'y refuser, ni même demander l'interposition d'un juge. Aussi est-elle en droit d'interpréter *provisoirement* les marchés de fournitures – sauf appel devant le Conseil d'État – et de contraindre les fournisseurs à ses décisions ou de prendre toutes celles qui permettent de s'assurer de la régularité des fournitures.

42. **La raison d'une spécificité : procurer à l'administration les moyens de diriger l'exécution (unilatérale et provisoire) des marchés.** – Jean-Baptiste SIREY qui, pourtant, est soucieux du respect des droits privés par l'administration, ne trouve aucune inconséquence dans le fait d'affirmer que « *la marche administrative ne doit pas (...) être entravée* » par les intérêts privés²³⁴. Car selon le même auteur, « *si (...) [le ministre] est obligé de rendre une décision, cette décision n'est que provisoire, pour le besoin du moment, pour que l'ordre public ne soit pas compromis* »²³⁵. Cette mesure provisoire est toute d'exécution et ne préjuge pas des droits privés, tels que le Conseil d'État peut les

²³¹ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, t. 2 (1818), p. 210-211 (v° Marchés et fournitures).

²³² DELVINCOURT Claude-Étienne, *Institutes de droit civil français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1808), p. 272 : « *On ne peut (...) sans attenter à la liberté naturelle, forcer un individu de faire ce qu'il ne veut pas, ou l'empêcher de faire sur son propre bien ce qu'il veut ; mais on peut, dans ces derniers cas, le punir, s'il est contrevenu à des obligations par lui contractées. De-là le principe, que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution* ».

²³³ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, t. 2 (1818), p. 211 (v° Marchés et fournitures). Cf. dans le même sens : CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Goblet, 1826 (3^e éd., 2 vol.), t. 2, p. 507 (v° Marchés de fournitures).

²³⁴ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. 369.

²³⁵ *Id.*, p. 375-376.

apprécier en dernier ressort. Pour cet avocat aux Conseils qui dénie au ministre une juridiction contentieuse, l'autorité administrative ne tranche aucune question de droit : elle réagit à une nécessité impromptue ; elle demeure dans le champ de ses prérogatives en ordonnant toutes les mesures utiles au service. Nous qualifierions aujourd'hui ces décisions de mesures d'exécution des contrats administratifs, par opposition aux décisions juridictionnelles prises par le juge administratif. Rapportée aux ministres, cette distinction est malaisée puisqu'ils sont à la fois ceux qui décident de signer le marché, ceux qui l'exécutent et ceux qui jugent en première instance des contestations élevées à leur sujet – sauf appel devant le Conseil d'État. C'est plutôt avec les préfets que certains administrativistes ont étayé ce principe. Bien que celui-ci – nous l'avons vu – fut esquissé dès l'Empire par le baron LOCRÉ, le Conseil d'État de la Restauration a contribué à lui donner une certaine ampleur en faisant évoluer la juridiction des préfets. À partir de 1816, il leur ôta la compétence de statuer sur les différends qui les opposaient aux fournisseurs (pour les marchés passés sous leur autorité) en leur substituant les conseils de préfecture²³⁶. Cette différence entre l'autorité ministérielle et l'autorité préfectorale a aidé à qualifier la nature des relations liant les fournisseurs à l'État. « *La garantie dont l'administration a besoin pour la libre rapidité* » réside non pas dans la présidence des conseils de préfecture par le préfet, mais plutôt « *dans l'exécution provisoire des actes émanés d'elle et dans la défense subséquente de ces actes attaqués* »²³⁷. Du reste, bien que l'avocat MACAREL reconnaisse la compétence des ministres pour juger des contestations en matière de fournitures, il déplore cette confusion des juridictions – entre les juridictions discrétionnaire et contentieuse²³⁸. C'est aussi l'opinion de Jean-Baptiste SIREY :

Nous reconnaissons que les ministres sont *juges* de toutes les *contestations* élevées par les *droits privés*, à l'occasion des mesures administratives, (...) – mais nous soutenons en principe, que leur justice est *accidentelle* (ou *transitoire*), pour le besoin de conserver effet à l'action administrative, qu'elle est essentiellement *provisoire*, en ce qu'elle est rendue seulement pour faire

²³⁶ Cf. par exemple Louis-Antoine MACAREL : « *S'agit-il de prononcer sur une contestation relative à l'exécution d'un marché passé entre un préfet et un fournisseur, et par conséquent d'une affaire qui est du ressort du conseil de préfecture ? Le préfet a d'autant moins le droit de la juger, qu'il était partie contractante* ». Et celui-ci d'ajouter en note de bas de page : « *Par cette ordonnance [celle du 27 mai 1816], les parties ont été renvoyées à traiter de gré à gré sur le paiement des fournitures dont il s'agissait, ou, en cas de contestation, devant le conseil de préfecture* », éventuellement suivi d'un appel devant le Conseil d'État, au lieu que l'appel ne soit interjeté devant le ministre (*Éléments de jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, t. 2 (1818), p. 200 (v^o Marchés et fournitures)).

²³⁷ MACAREL Louis-Antoine, « Introduction à la jurisprudence administrative », in *Thémis* 1819, I, p. 245-246 (deuxième article d'une série de quatre). MACAREL insiste dans la même revue : « *Il faut écarter de l'administration active tout ce qui pourrait faire obstacle à la rapidité de sa marche. Mais (...) il serait un moyen très-facile de concilier le pressant intérêt de l'administration avec le respect qu'il est nécessaire d'accorder aux principes : portez devant le conseil de préfecture toutes les réclamations contre les arrêtés du préfet ; mais laissez à celui-ci la faculté de faire exécuter ces mêmes arrêtés, autant qu'il jugera cette exécution utile dans l'intérêt public ou général* » (*id.*, 1820, II, p. 264 ; troisième article de la série). En effet, la compétence du conseil de préfecture pour les différends intervenus entre le préfet et ses fournisseurs sont une exception que MACAREL s'efforce d'ériger en principe.

²³⁸ Cf. le quatrième article consacré à l'« Introduction à la jurisprudence administrative » (*in Thémis* 1820, II, p. 329).

cesser l'obstacle qui entrave l'administration. – Nous soutenons que la justice des préfets ou des ministres est de la même nature que la justice de nos *juges des référés*, que c'est une simple *décision sur le passer outre*, qu'elle ne doit pas nuire au principal, que le réclamant, éconduit par le préfet et le ministre, doit pouvoir s'adresser à la *justice contentieuse*, pour obtenir une décision définitive en faveur de ses droits privés, lésés par l'action administrative²³⁹.

C'est ce qui conduit le même à suggérer que « *les marchés avec les ministres (...) pourraient être classés dans les matières judiciaires, pour leurs effets définitifs, laissant à l'administration ce qui serait d'urgence pour le service public, tout ce qui serait d'exécution provisoire, ou réparable en définitive* »²⁴⁰.

43. Articuler l'exécution des marchés de fournitures à l'action administrative. –

Cette conception qui suspend un contrat à l'exécution autoritaire de l'administration, s'articule avec celle que les administrativistes donne du contentieux administratif : « *décider, c'est ordonner ; juger, c'est administrer* »²⁴¹. À l'instigation de HENRION DE PANSEY qui formalisa cet axiome²⁴², il s'agit de souligner la continuité qui parcourt l'action administrative depuis sa résolution jusqu'à son contentieux. Ce n'est pas un axe programmatique pour un système où l'administration est tout (au détriment particulièrement de l'autorité judiciaire), mais une formule portée à désigner la cohérence avec laquelle celle-ci doit agir afin que les services publics ne soient pas desservis. Cette conception éclaire les propos du baron LOCRÉ qui, en 1810, distingue entre ces deux situations :

L'État agit tantôt comme Souverain, c'est-à-dire, par voie de puissance ; tantôt comme particulier, c'est-à-dire, par voie de défense.

Il agit comme Souverain et par voie de puissance, toutes les fois qu'il exige des individus l'accomplissement des obligations que le droit public attache à la qualité de citoyen.

Il agit comme particulier et par voie de défense, toutes les fois que l'obligation dont l'exécution est réclamée, est régie par le droit civil.

Quand l'État agit par voie de puissance, il n'y a pas à contester ; il faut obéir à la Souveraineté. Ce n'est pas qu'alors l'État n'écoute les réclamations et ne les pèse : mais il ne plaide pas contre l'arbitre suprême, lui seul décide : jamais il ne devient partie litigante. (...)

²³⁹ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, op. cit. (1818), p. 484-485.

²⁴⁰ *Id.*, p. 493.

²⁴¹ *Id.*, p. 231.

²⁴² Si le président HENRION DE PANSEY est vraisemblablement celui qui donna à cet axiome cette formule lapidaire, nous inclinons à penser qu'il ne fit que formaliser une doctrine diffuse parmi ses contemporains. « *Pourvoir, par des ordonnances, à l'exécution des lois, à la sûreté de l'État, au maintien de l'ordre public, aux différents besoins de la société, c'est administrer. Statuer, par des décisions, sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu, et sur les oppositions que des particuliers se croiraient en droit de former à leur exécution, c'est encore administrer. On administre donc de deux manières : par des ordonnances en forme de lois, et par des décisions en forme de jugements* » (De l'autorité judiciaire en France, op. cit. (2^e éd., 1818), p. 458).

Quand l'État exerce ou qu'on exerce contre lui quelque droit relatif à la propriété et aux obligations civiles, il plaide comme les particuliers ; que, comme eux, il devient partie litigante²⁴³.

Dans la seconde hypothèse, puisqu'il y a litige, le même sépare la compétence judiciaire de la compétence administrative.

Lorsque l'obligation ou le droit quelconque sur lequel il y a litige, naît de l'administration privée du patrimoine de l'État, l'affaire est de la juridiction des Tribunaux ordinaires. (...)

Au contraire, lorsque l'obligation ou le droit a sa source dans l'administration publique, l'affaire me paraît appartenir à la justice administrative²⁴⁴.

Dans cette toute dernière hypothèse, le baron LOCRÉ cite comme exemple les fournitures : « *Un fournisseur dont la créance dérive d'un contrat de vente, contrat, de sa nature, soumis au droit privé, est jugé administrativement* »²⁴⁵.

44. Lorsque Charles BONNIN entreprend la même démonstration en proposant une définition du contentieux administratif²⁴⁶, il évoque aussi les fournitures pour donner une illustration des actes de l'administration pris d'autorité – c'est-à-dire ceux pour lesquels aucune contestation n'est recevable contre leur exécution²⁴⁷. Ces marchés nous paraissent avoir été fréquemment employés pour argumenter une partition dissociant deux espèces d'actes antinomiques – l'acte qui ne souffre aucune contestation et celui contre lequel l'administré peut se pourvoir. Si les marchés ne cessent jamais d'être conçus comme des conventions, les administrativistes appréhendent en premier lieu leur exécution, avant d'envisager leur liquidation. Dans le premier cas, l'administration use d'actes d'autorité, car il s'agit pour elle d'assurer

²⁴³ LOCRÉ Jean-Guillaume, *Du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1810), p. 186-188.

²⁴⁴ *Id.*, p. 188-189.

²⁴⁵ *Id.*, p. 189.

²⁴⁶ La définition qu'en donne Charles BONNIN nous paraît redevable de LOCRÉ, à moins cependant que tous deux se soient inspiré d'une source commune – peut-être diffusément exprimée au sein de l'administration et fébrilement exprimée au cours de la pratique. Ainsi Mathias SIMON – conseiller de préfecture dans le département Rhin-et-Moselle – la consacre également vers la même époque (*Manuel des conseils de préfecture* ; 1810-1812, 3 vol.).

²⁴⁷ Nous offrons l'extrait pertinent afin que le lecteur puisse : 1° saisir comment Charles BONNIN a pu mobiliser les fournitures comme une illustration des mesures d'autorité de l'administration ; 2° se convaincre de la similitude de sa démonstration avec celle du baron LOCRÉ qui le précède de quelques années. « *Toute affaire est (...) du contentieux administratif, lorsque l'opposition d'intérêt porte sur une obligation ou sur un droit de nature à être régi par les lois civiles, mais qui naît du fait de l'administration publique. Mais dans ces sortes d'affaires, l'administration agit ou comme autorité publique, ou comme particulier. Elle agit comme autorité toutes les fois qu'elle exige des administrés l'accomplissement des obligations consenties entre elle et eux ; et comme particulier, toutes les fois que l'administré réclame de sa part l'exécution d'une obligation qu'elle s'est imposée envers lui. Dans le premier cas, elle est demandeur ; dans le second, elle est défendeur. Lorsque l'administration agit comme autorité publique, il n'y a pas à contester de la part de l'administré, parcequ'alors il n'y a pas et ne peut y avoir litige entre elle et lui, car ce serait admettre que les citoyens pourraient, selon qu'il leur importerait, se faire juges des motifs qui ont déterminé l'administrateur* » (*Principes d'administration publique*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 2 (1812), p. 86-87).

un *service public*²⁴⁸. En d'autres termes, les fournisseurs n'ont d'autres facultés que celle de les exécuter fidèlement, sauf à être substitués dans leur marché et à en supporter les frais. LOCRÉ et BONNIN sous l'Empire parlent d'actes d'autorité ; SIREY et CORMENIN sous la Restauration parlent de mesures provisoires²⁴⁹. La diversité des terminologies ne tient qu'au fait qu'elles s'articulent à un propos différent. Les premiers entreprennent une définition du contentieux administratif en insistant sur la régularité de l'action administrative pour en montrer la perfection. Les seconds traitent spécifiquement du Conseil d'État pour isoler une juridiction proprement contentieuse qui pût recevoir des règles propres. Cependant, rien n'éloigne ces derniers de leurs prédécesseurs qui admettent que l'exécution des marchés par les fournisseurs participe intrinsèquement de l'action administrative, lesquels acceptent l'unilatéralisme autoritaire. D'ailleurs, SIREY et CORMENIN ne sont pas isolés. Et quoiqu'ils évoquent cette question à propos d'une question polémique qui leur fait souligner cet aspect, leurs contemporains adoptent le même point de vue²⁵⁰. Ainsi dans un genre littéraire bien différent – FAVARD DE LANGLADE :

La nécessité de faire marcher l'administration publique, n'a pas permis de soumettre à l'action lente et mesurée des tribunaux ordinaires la décision des contestations qui s'élèvent entre le gouvernement et les entrepreneurs ou fournisseurs pour l'exécution des marchés. Tous les cas urgents sont décidés par le préfet ou le ministre, et leurs décisions s'exécutent provisoirement, sauf le recours au conseil de préfecture ou au conseil-d'état²⁵¹.

- 45. Concilier le contrat avec une direction autoritaire de l'action administrative : une exécution unilatérale harmonisée avec le respect des droits privés. –** Suivant ces administrativistes, les marchés de fournitures demeurent de parfaits contrats : les droits des fournisseurs ne sont consacrés qu'à ce titre. Il est d'autant moins probable que les administrativistes eussent été enclins à renoncer à l'hypothèse contractuelle, que cela aurait contrevenu avec la manière dont ils comprenaient les marchés de fournitures. Ils les ont justement appréhendés comme un moyen pour l'administration de solliciter le concours de l'industrie privée. De surcroît, le fait que les fournisseurs dussent exécuter leurs marchés dans les conditions imposées par l'administration était tout aussi en rapport avec l'idée que ces mêmes administrativistes s'en faisaient. Nous avons rapporté plus haut que les fournisseurs

²⁴⁸ Cette expression est souvent employée, quoique dans un sens différent de celui que nous donnons à cette expression. Elle désigne une activité assumée par l'État et chargée d'un intérêt général.

²⁴⁹ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. 369 & [CORMENIN Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Delaunay, 1818, p. 180 *sq.*

²⁵⁰ À cet égard, nous pensons à HENRION DE PANSEY (*De l'autorité judiciaire en France*, 1818) et MACAREL (dans ses articles précités parus à la *Thémis*, ainsi que dans un ouvrage ultérieur où il y approfondit sa doctrine : *Des Tribunaux administratifs*, 1828).

²⁵¹ FAVARD DE LANGLADE Guillaume-Jean (de), *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative...*, *op. cit.*, t. 3 (1823), p. 451 (v^o Marché).

ont été distingués des agents administratifs sans cesser d'en être des collaborateurs. À ce titre, ils sont associés à la marche des services publics, par leur subordination aux ordres que l'administration leur adresse. Ce qu'il y a de provisoire, c'est cette situation dans laquelle le fournisseur est placé – le temps de l'exécution du marché – de devoir obéir aux commandements de l'administration alors qu'il n'est ni un agent à proprement parler, ni un administré. C'est ce que traduit le vicomte CORMENIN :

Le ministre a décidé provisoirement, en première instance, avec une pleine liberté, et fait exécuter ses décisions, sans obstacle, dans le seul intérêt de l'État.

Il faut que le Tribunal administratif [juridiction suprême indépendante qu'il appelle de ses vœux lorsque le Conseil d'État joue ce rôle] examine à son tour ces décisions, en appel, avec la même liberté, dans l'intérêt des fournisseurs.

En résultat, toutes les entreprises et marchés de travaux et de fournitures consommés se résolvent, à l'égard de l'État, en cette question ci : Que redoit l'État à l'entrepreneur ? ou, Que redoit l'entrepreneur à l'État ?²⁵²

Ou encore l'avocat aux Conseils SIREY :

Si un ministre, dans l'action administrative, est obligé d'apprécier et de froisser des droits privés, rigoureux et exigibles, si, à cet égard, il est obligé de rendre une décision, cette décision n'est que provisoire, pour le besoin du moment, pour que l'ordre public ne soit pas compromis, – nous soutenons qu'au fond, les droits privés restent intacts, pour être jugés, en temps opportun par la justice administrative régulière²⁵³.

46. Nous n'avons trouvé aucun discours discordant. L'idée qui est faite des marchés de fournitures s'harmonise parfaitement avec celle qui est donnée de l'administration publique, de ses modes de fonctionnement et de ses rapports avec la propriété. Ces contrats sont toujours des actes, desquels résultent des obligations exigibles de part et d'autre. CORMENIN n'est pas incohérent lorsqu'il affirme que « *l'État, contractant avec un particulier, comme un particulier, doit remplir les conditions qu'il impose ou qu'il accepte* »²⁵⁴. Il ne pouvait en être autrement alors que, précisément, la propriété était toute attirée aux lois civiles qui en réglaient tous les usages. C'est à cet égard que le baron LOCRÉ explicite qu'il n'y a qu'un modèle de propriété, et corollairement qu'une manière de se lier avec autrui²⁵⁵. Si SIREY et CORMENIN développent une doctrine qui prône le

²⁵² [CORMENIN Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction...*, op. cit. (1818), p. 182.

²⁵³ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, op. cit. (1818), p. 375-376.

²⁵⁴ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 2 (1822), p. 317 (v^o Marchés).

²⁵⁵ « *Les lois civiles n'ont qu'à établir les règles de la propriété. La propriété est (...) le sujet immédiat de leurs dispositions, et par conséquent leur matière. Cette vérité est justifiée par le Code civil ; ses dispositions sont toutes consacrées à établir les règles de la propriété : ou elles décident à qui les choses appartiennent, comment on les acquiert, comment on en jouit, comment on en peut disposer ; ou elles règlent les droits que les engagements donnent relativement aux choses, en expliquant comment ces engagements se forment et s'éteignent, quels en sont les accessoires, quelles en sont les suites* » (*Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou Conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code civil, des Observations des Tribunaux, des Procès-verbaux du Conseil d'état, des Observations du Tribunat, des Exposés de motifs, des Rapports et Discours, &c., &c. ; dédié à S. M. l'Empereur et Roi*, Paris, Imprimerie impériale, 1805-1807 (5 vol.), t. 1 (1805), p. 54).

strict respect des créances contractuelles de l'État, c'est autant par conviction que pour tirer les conséquences exactes des principes qu'ils se sont proposés. À cet égard, il ne faut exagérer le poids de l'argument financier : certes, ils font valoir l'intérêt qu'il y a à ne pas exposer les intérêts du Trésor à l'action des tribunaux²⁵⁶. Pourtant, c'est plus fondamentalement la raison de leur exécution qui prévaut dans leurs démonstrations. Une fois le marché épuisé dans ses effets, « *il ne reste plus qu'à faire justice au traitant, d'après ses droits privés, résultant de la convention ; l'attribution à la justice administrative est moins nécessaire* »²⁵⁷. Si les marchés de l'administration sont frappés d'une certaine singularité, c'est essentiellement parce qu'ils dérogent au principe suivant lequel les parties à un contrat ne peuvent de leur propre chef imposer quoi que ce soit à leur cocontractant. Car les particuliers n'ont d'autres facultés que celle de saisir les tribunaux s'ils estiment que le contrat n'a pas été régulièrement exécuté. À l'inverse, l'administration peut contraindre son fournisseur à exécuter le marché suivant une manière déterminée, c'est-à-dire à se faire l'interprète du marché – l'interprète provisoire tout du moins, si le fournisseur réclame auprès du Conseil d'État, une fois le marché achevé et la liquidation prononcée. En soulignant cet aspect des marchés de fournitures, les administrativistes – ne fût-ce que certains d'entre eux – n'ont pas tant analysé objectivement ces contrats, qu'ils se sont donné les moyens de les caractériser pour les distinguer d'autres contrats de l'administration – dont les baux administratifs.

²⁵⁶ Cf. SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. 231-232 et [CORMENIN Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction...*, *op. cit.* (1818), p. 180.

²⁵⁷ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. 231.

Section 2. – Une différenciation des contrats de l'administration conçue à partir de l'action administrative

47. **Adapter le droit civil pour en préserver l'autorité.** – MACAREL et FAVARD DE LANGLADE ont défini les marchés par le biais du droit civil : savoir comme un contrat synallagmatique. CORMENIN, peut-être encore plus rigoriste que ceux-ci, a écrit avec eux que :

L'État, contractant avec un particulier, comme un particulier, doit remplir les conditions qu'il impose ou qu'il accepte. (...) Il ne peut, après le marché, se créer tout à coup des privilèges qu'il n'avait pas stipulés, et qu'il ne reconnaîtrait pas dans son adversaire.

Car alors le contrat ne serait plus la loi des parties. (...)

Or l'unique loi, l'unique lien, l'unique juge des parties, en matière de conventions libres et synallagmatiques, c'est le contrat.

C'est donc le contrat seul qu'il faut considérer, qu'il faut appliquer, qu'il faut exécuter²⁵⁸.

« Ces motifs généraux tirés du droit commun » sont les seuls qui puissent faire espérer ce que l'État attend des fournisseurs : « solvabilité, probité et habileté dans les entrepreneurs, modération dans les prix, sincérité dans les fournitures »²⁵⁹. Dans la troisième édition de ses *Questions de droit administratif* – profondément refondue –, il ne défend pas une autre opinion. Toute la matière des fournitures quant aux principes qui y sont applicables au fond, « est de droit étroit »²⁶⁰. Certaines des règles applicables aux fournitures s'inspirent manifestement des règles du code civil. Ainsi d'après le même, « lorsque le marché n'a pas reçu d'exécution, le Gouvernement peut le rompre, sauf indemnité. Mais, lorsque le contrat a été mis en action et qu'il est pleinement consommé, l'État doit solder les fournitures, d'après les conditions et les prix synallagmatiquement prévus et réglés par le contrat »²⁶¹. Cette jurisprudence arrêtée par le Conseil d'État n'est pas exorbitante ; au contraire elle se rapproche des marchés pour confection d'ouvrages pour lesquels la rupture est acceptée dans les mêmes conditions²⁶². De même, d'après le vicomte de CORMENIN, « lorsqu'il a été passé des marchés d'urgence, par suite de la suspension des services ou du manquement constaté des fournitures, le fournisseur originaire est passible de la différence du marché d'urgence »²⁶³. Cette jurisprudence paraît s'inspirer de l'article 1142 du code civil d'après

²⁵⁸ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1822), p. 317 (v^o Marchés).

²⁵⁹ *Id.*, p. 325.

²⁶⁰ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif, op. cit.* (3^e éd.), 1826, t. 2, p. 502 (note de bas de page n^o 1) (v^o Marchés de fournitures).

²⁶¹ *Id.*, p. 503-506.

²⁶² Sous l'article 1791 du code civil, le doyen DELVINCOURT écrit que « les marchés doivent être bien et fidèlement exécutés par les contractans ; et il y a lieu à des dommages et intérêts, en cas d'inexécution, (...) le tout d'après les règles établies au Titre des Contrats en général. En conséquence, le maître de l'ouvrage, (...) peut toujours résilier le marché par sa seule volonté, quoique les travaux soient déjà commencés, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise » (*Institutes de droit civil français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 3 (1808), p. 188).

²⁶³ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif, op. cit.* (3^e éd.), t. 2 (1826), p. 507 (v^o Marchés de fournitures).

lequel : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Le dommage dont peut pâtir l'administration étant la perturbation de son service, celle-ci fait supporter au fournisseur négligent les incidences financières de son incurie.

48. Ces illustrations que l'on retrouve sous la plume de l'avocat MACAREL dans ses *Éléments de jurisprudence administrative*, indiquent assez bien le souci de n'admettre des tempéraments au droit commun que dans la stricte proportion où l'exige l'intérêt de l'État. Or, si cet intérêt peut impliquer que l'on souhaite « *dégager ces sortes de marchés des complications et de la lenteur des procédures judiciaires* », le vicomte de CORMENIN fait remarquer que le premier de ses intérêts est d'assurer « *la sûreté des citoyens* », sans laquelle aucun crédit n'est envisageable. Sauf peut-être à ce que « *les fournisseurs, qui devraient contracter avec le gouvernement comme avec le plus honnête homme du royaume, contractent avec lui comme avec un débiteur presque insolvable* » et que l'infidélité du gouvernement ne devienne l'objet même de spéculation de la part des fournisseurs. Cette extrémité ne peut manquer *in fine* de lui causer préjudice, tant à raison de la discontinuité du service que le gouvernement aurait à redouter, que des prix élevés que ceux-ci ne manqueraient pas de stipuler pour s'indemniser d'avance, « *non-seulement des pertes éventuelles de la liquidation, mais même des périls imaginaires qu'ils redoutent d'une autorité à la fois juge et partie dans sa propre cause* »²⁶⁴. Aussi les marchés sont des contrats, c'est-à-dire des contrats du code civil dont l'application est compliquée de certaines adaptations. Nous en sommes d'autant plus convaincu que cette appréhension fut également consacrée pour les marchés commerciaux. De l'avis des commercialistes (surtout universitaires), ces transactions sont soumises au droit commun, sauf les exceptions introduites par le code du commerce. Au demeurant, celui-ci est trop lacunaire pour présenter un *corpus* normatif qui eût pu porter ces auteurs à défendre l'autonomie de ces conventions.

Le Code de Commerce, qui semblait, par son titre et son objet, devoir contenir toutes les règles sur les transactions commerciales, n'offre point, dans la réalité, cette réunion si désirable. (...) Les jurisconsultes et les magistrats sont donc forcés de recourir aux lois civiles lorsqu'il s'agit d'appliquer à des engagements de Commerce, non-seulement les règles communes à toutes les obligations, mais encore en particulier celles de chacun des contrats sur lesquels les lois commerciales (...) n'ont pas de dispositions précises²⁶⁵.

49. **Convergences entre droit administratif et droit commercial : des droits spéciaux articulés au droit commun.** – Lorsque LOCRÉ explicite le titre sur les achats et ventes, il reconnaît volontiers que « *les ventes et les achats commerciaux sont de la même nature, se consomment de la même manière, forment les mêmes engagements, ont les mêmes*

²⁶⁴ *Id.*, p. 318-320.

²⁶⁵ PARDESSUS Jean-Marie, *Cours de droit commercial*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1814), p. 119.

suites que les ventes et achats non commerciaux»²⁶⁶. Ainsi que l'a analysé le professeur HILAIRE, la codification a eu pour résultat « *d'incorporer étroitement le droit commercial au droit privé, en tant qu'exception au droit civil* »²⁶⁷. À l'instar de Vital ROUX et Pierre BOUCHER²⁶⁸ – professeur de droit commercial à l'Académie de législation²⁶⁹ – certains associent le droit du commerce à des principes qui ressortissent à « *une espèce de république* » du commerce²⁷⁰. Cependant, la codification napoléonienne de la législation commerciale l'a fermement associé au droit civil²⁷¹. Sa rédaction fut presque concomitante au code civil, entreprise comme un appendice apporté à celui-ci – ainsi que le conçoit le doyen DELVINCOURT : « *Les lois commerciales ne sont, le plus souvent, que des applications des lois civiles aux matières de commerce* »²⁷². La doctrine

²⁶⁶ LOCRIÉ Jean-Guillaume, *Esprit du code de commerce ou commentaire de chacun des articles du code, et même des dispositions de chaque article, lorsqu'il est nécessaire de les distinguer...*, Paris, Garnery & Dufour, 1829 (2^e éd., 4 vol.), t. 1, p. 315. Dans la première édition de cet ouvrage, l'auteur précise qu'« *il n'en est pas du Code de commerce comme du Code Napoléon. Ce dernier, contenant l'universalité des règles du droit civil qu'il constitue, se suffit à lui-même, et devient ainsi loi unique et principale. Le Code de commerce, au contraire, n'étant qu'une loi d'exception, destinée à régler des affaires d'une nature particulière, ne peut se suffire à lui-même, vient s'enter sur le droit commun, laisse sous l'empire de ce droit tout ce qu'il n'excepte pas, et s'y réfère, même pour ce qu'il excepte* » (*Esprit du Code de commerce ou commentaire puisé dans les Procès-verbaux du Conseil d'état, les Exposés de motifs et discours, les Observations du Tribunal, celles des Cours d'appel, Tribunaux et Chambre de Commerce, etc. etc. et complément du Code de commerce, par la conférence analytique et raisonnée avec ses dispositions, des articles du Code Napoléon, du Code de Procédure civile, et généralement des Lois, Réglemens et Décrets impériaux antérieurs qui s'y rapportent, ou auxquels il se réfère*, Paris, Garnery, 1811-1813 (1^{re} éd., 10 vol.), t. 1 (1811), p. iv-v).

²⁶⁷ HILAIRE Jean, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, P.U.F., 1986, p. 86 ; et du même : « Du droit du Code de 1807 au "droit économique" », in *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands* 2008, LXV, p. 381.

²⁶⁸ Cf. en particulier de cet auteur : *Les principes du droit civil proprement dit, et du droit commercial, comparés ; ouvrages contenant les principales controverses de la jurisprudence commerciale, à l'usage des tribunaux de commerce, des négociants, des commissaires des relations commerciales, et des personnes attachées à l'ordre judiciaire*, Paris, Chaigneau, an XII (1804) (2 vol.), et le discours qu'il prononça à l'Académie de législation le 4 frimaire an XII (26 novembre 1803) à l'occasion de l'ouverture du cours de droit commercial et de droit maritime. Dans la préface de l'ouvrage précité, il y écrit que « *la jurisprudence du commerce doit ressembler fort peu à la jurisprudence civile proprement dite, parce que c'est une branche de législation greffée sur un tronc d'une nature différente, qui produit des fruits mixtes* » (p. xij-xijj).

²⁶⁹ Il ne s'agit pas de l'académie de législation de Toulouse, fondée en 1851, mais d'une école libre, créée à Paris en 1800 sous le nom d'Institut de jurisprudence, par BERNARDI, LANJUINAIS, MALLEVILLE, PORTALIS et TARGET. Elle fut, quelques temps plus tard, renommée en Académie de législation, avant de disparaître avec la création des écoles de droit, en 1804. Cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public...*, op. cit. (2007), p. 443.

²⁷⁰ BOUCHER Pierre-B., *Les principes du droit civil proprement dit, et du droit commercial, comparés ; ouvrages contenant les principales controverses de la jurisprudence commerciale, à l'usage des tribunaux de commerce, des négociants, des commissaires des relations commerciales, et des personnes attachées à l'ordre judiciaire*, Paris, Chaigneau, an XII (1804) (2 vol.), p. xijj.

²⁷¹ Contemporaine du début du XIX^e siècle, la terminologie de « droit commercial » ou « législation commerciale » s'oppose à l'expression plus usuelle de législation du commerce. D'après le professeur HILAIRE : « *La nuance traduisait une évolution du concept ; ainsi s'éliminait l'ambiguïté traditionnelle – liée au corporatisme – autour du commerce qui désignait jusqu'alors la communauté des marchands autant que le négoce. Il s'agissait désormais, de manière plus individualiste, du commerçant et de l'activité commerciale encore que cet élargissement des perspectives, effectif, demeurât cependant limité* » (*Introduction historique au droit commercial*, op. cit. (1986), p. 85).

²⁷² DELVINCOURT Claude-Étienne, *Institutes de droit commercial français, avec des notes explicatives du texte, dans lesquelles on examine les principales questions qui peuvent s'élever sur les matières commerciales*, Paris, Rondonneau, 1810 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. j.

commercialiste du début du XIX^e siècle s'est largement approprié cette conception²⁷³ :

Convaincu que l'étude des lois commerciales serait insuffisante, et je ne crains pas de dire inutile, si elle n'était rattachée à celle du droit civil ; que, d'un autre côté, l'étude des lois civiles est incomplète, si l'on n'y joint celle des lois commerciales, je placerai au premier rang de mes devoirs, le soin de comparer ces deux législations : j'indiquerai ce qu'elles ont de commun, et les motifs des différences que nous aurons remarquées²⁷⁴.

Le professeur PARDESSUS ne fut pas isolé dans cette opinion, corroboré par exemple par celle d'un praticien – Émile VINCENS :

Un Code de Commerce est une loi spéciale, non pas mise à la place du Code Civil à l'égard des négociants, mais renfermant les applications particulières, ou les dérogations qui leur sont propres. Ces deux lois sont nécessairement liées : comme loi d'application, l'une sert de supplément à l'autre ; comme d'exception, elle se rapporte aux règles générales qu'elle confirme en ce qu'elle n'a pas excepté²⁷⁵.

Ce sujet est moins éloigné de notre propos que ce que peuvent indiquer les apparences. Nous pensons que cette conception des contrats commerciaux résulte d'une certaine représentation des obligations, que partagent les administrativistes relativement aux contrats de l'administration (ou qui s'impose à eux). Cette représentation analogue est peut-être moins liée à une hégémonie du droit civil qu'à une convergence entre les doctrines commercialiste et administrativiste.

50. Nonobstant leurs singularités respectives, les contrats commerciaux comme les marchés de l'administration participent du droit commun des obligations. Nous nous sommes évertué à démontrer qu'aucun administrativiste n'a jamais défendu l'idée qu'il eût à côté des obligations civiles des obligations d'une autre nature. Même lorsque le baron LOCRÉ écrit qu'« *il y a une différence entre les marchés que font ensemble de simples particuliers et ceux des particuliers avec le Gouvernement* », ce n'est qu'autant que « *le Ministre (...) est provisoirement le premier et l'unique interprète du contrat, parce qu'il faut, avant tout, que le service public soit assuré* »²⁷⁶. La doctrine commercialiste n'a pas été moins claire sur ce point :

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. La loi civile le reconnaît et le déclare ; mais en même temps elle promulgue les règles essentielles à la nature des engagements, ou celles qui les régissent quand les parties n'ont point fait de stipulation particulière²⁷⁷.

²⁷³ HILAIRE Jean, *Introduction historique au droit commercial*, op. cit. (1986), p. 122 sq.

²⁷⁴ PARDESSUS Jean-Marie, *Cours de droit commercial*, Paris, Nève, 1821-1822 (2^e éd., 5 vol.), t. 1, p. 46 (extrait du discours prononcé lors de l'ouverture du cours de droit commercial de la faculté de Paris, le 18 novembre 1820, sur « L'origine et les progrès de la législation et de la jurisprudence commerciale »).

²⁷⁵ VINCENS Émile, *Exposition raisonnée de la législation commerciale...*, op. cit., t. 1 (1821), p. x-xi.

²⁷⁶ LOCRÉ Jean-Guillaume, *Du Conseil d'État...*, op. cit. (1810), p. 182.

²⁷⁷ VINCENS Émile, *Exposition raisonnée de la législation commerciale...*, op. cit., t. 2 (1821), p. 3-4

Cette comparaison avec la doctrine commercialiste nous incline à penser que cette manière d'appréhender les obligations conventionnelles est partagée par l'ensemble de la doctrine juridique : le droit commercial et le droit administratif ne désignent pas tant des droits distincts et autonomes du droit civil, que des sciences particulières à des droits frappés d'une certaine spécialité. « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales* » – de l'avis du comte BIGOT DE PRÉAMENEU qui fut, comme membre du Conseil d'État, l'un des rédacteurs du projet du code civil²⁷⁸. Son collègue, PORTALIS, se réclame des mêmes principes. « *En traitant des contrats, nous avons d'abord développé les principes de droit naturel qui sont applicables à tous* »²⁷⁹. S'il énonce que « *l'esprit [des lois particulières du commerce] diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles* »²⁸⁰, il n'en admet pas moins que ces deux législations tendent à satisfaire à la bonne foi, à la réciprocité et l'égalité dans les contrats.

- 51. Primat du droit civil et spécialité des droits administratif et commercial.** – Car enfin, ces convergences ressortent également des interactions qui se sont développées entre la doctrine administrative et la doctrine commercialiste. Le Conseil d'État fut certainement un lieu privilégié de ces échanges en mobilisant des individus intéressés à chacune. Outre FAVARD DE LANGLADE que nous avons plusieurs fois cité, nous pouvons faire mention du baron DE GÉRANDO. Celui-ci ne fut pas étranger à cette idée que le droit civil dût concourir à étayer le droit commercial. Dans l'un de ses rapports fait au Conseil d'État²⁸¹, il estime que « *pour suppléer [au] silence [du code de commerce sur une question relative aux obligations du tireur d'une lettre de change], pour lever l'espèce de vague et d'incertitude qu'il laisse subsister, il faut remonter aux principes de la matière, aux règles du droit commun et à la nature des transactions*

²⁷⁸ *Recueil de lois composant le code civil, avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission du Tribunat et les opinions émises pendant le cours de la discussion*, Paris, Moreaux, 1803-1804 (8 vol.), t. 5 (1804), p. 67. L'opinion similaire de FAVARD DE LANGLADE n'est qu'un indice supplémentaire de la conception indivisible des obligations. Cf. ce dernier : « *Dans la partie qui traite des contrats et des obligations conventionnelles, le législateur se trouve dans l'heureuse impuissance de proclamer une volonté particulière : tout ce qu'il dit doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples* » (*id.*, p. 151). Comme le souligne le professeur GAZZANIGA, le droit des obligations tel qu'il résulte du code civil est une synthèse qui, avec le droit romain abondamment encensé, allie en outre le droit canonique et le droit naturel par le truchement d'auteurs comme DOMAT ou POTHIER (*Introduction historique au droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1992, p. 180). Il n'est pas surprenant que les administrativistes et les commercialistes aient partagé cet héritage comme le leur.

²⁷⁹ PORTALIS Frédéric (publié par), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, par Jean-Étienne-Marie PORTALIS*, Paris, Joubert, 1844, p. 48 (discours préliminaire sur le projet de code civil, présenté devant le Conseil d'État le 1^{er} pluviôse an IX – 21 janvier 1801).

²⁸⁰ *Id.*, p. 52.

²⁸¹ En 1811, le ministre de l'intérieur MONTAVILET avait convaincu l'Empereur de solliciter un avis interprétatif du Conseil d'État sur le sens à donner à quelques articles du code de commerce au sujet desquels les tribunaux manifestaient des opinions divergentes. Le 22 novembre 1811, le baron de GÉRANDO rendit au nom de la section de l'intérieur du Conseil d'État un rapport et un projet d'avis.

commerciales »²⁸². Le Conseil d'État le suivit en considérant que « *les tribunaux de commerce doivent juger les questions particulières qui se présentent, suivant leur conviction, d'après les termes et l'esprit du code, et, en cas de silence de sa part, d'après le droit commun et les usages du commerce* »²⁸³. S'il ne s'agit peut-être pas d'une opinion originale, elle participe à entériner une certaine appréhension du droit commercial en orientant décisivement le droit positif. Par ailleurs, l'Université fut également un relai institutionnel au sein duquel droit commercial et droit administratif connurent des trajectoires parfois convergentes. Consacrés par le biais de la réorganisation de l'enseignement universitaire dans les années 1800, l'un et l'autre pâturent d'une image dévalorisée devant l'hégémonie du droit civil et du droit romain. Ils semblent avoir été conçus comme des disciplines marginalisées au regard d'une optique essentiellement civiliste du Droit. Ces *a priori* académiques nous paraissent avoir soutenu l'appréciation dans laquelle le droit administratif et le droit commercial ont été tenus par les universitaires – sinon les juristes. Ce n'est peut-être pas si fortuit si PARDESSUS, titulaire de la chaire de droit commercial à la faculté de Paris, dut intégrer à son enseignement des éléments de droit administratif²⁸⁴. Quoique nous ayons aucune trace de cet enseignement, ni connaissance des motivations de la Commission royale de l'Instruction publique qui en prit la décision, celle-ci – au-delà des enjeux sous-jacents à l'institution académique – nous paraît contribuer à expliciter la nature des relations entre le droit administratif et le droit commercial. C'est-à-dire celle de deux droits compris en complémentarité avec le droit civil et pour lesquels il demeura une matrice essentielle. Si les administrativistes signalèrent sans ambages les particularités du droit administratif, ils ne cessèrent – selon nous – de le penser au travers du droit civil toutes les fois où celui-là mobilisa des éléments auxquels celui-ci put servir de référent. Par ailleurs, nous avons eu l'occasion de faire remarquer que pour s'être manifestée à la marge, la doctrine commercialiste a contribué à formaliser les rapports entre le gouvernement et les fournisseurs. Le professeur PARDESSUS fut l'un des auteurs les plus prolixes à cet égard. Tout en rendant compte de ce que le marché n'est qu'un moyen pour le gouvernement de s'approvisionner du nécessaire, il ne cesse d'analyser ces conventions comme une « *opération commerciale* », quand bien même elle serait soumise à la connaissance de la juridiction administrative²⁸⁵. Ce qui lui importe, c'est moins la nature de la convention que le caractère de l'opération projetée – suivant qu'elle soit commerciale ou non²⁸⁶. Une telle conception a très

²⁸² Cité par : LOCRÉ Jean-Guillaume, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français...*, Paris, Treuttel & Würtz, 1827-1832 (31 vol.), t. 18 (1830), p. 184.

²⁸³ *Id.*, p. 206 (avis interprétatif du 22 novembre 1811).

²⁸⁴ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public...*, *op. cit.* (2007), p. 468.

²⁸⁵ PARDESSUS Jean-Marie, *Cours de droit commercial*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 4 (1816), p. 29.

²⁸⁶ « *Si les acheteurs sont des préposés commissionnés par lui [le gouvernement] ou par une administration qu'il ait créée, leurs achats ne sont point des opérations commerciales. Il en est autrement, s'ils se sont engagés à faire les fournitures pour des prix convenus : au lieu d'être agents, ils sont vraiment entrepreneurs, puisqu'ils revendent au Gouvernement ce qu'ils ont*

certainement confiné les marchés de l'administration près des contrats commerciaux – pour toucher *in fine* au droit commun des conventions.

52. Les doctrines commercialiste et administrative ont envisagé leur autonomie vis-à-vis du droit civil à l'aune de l'acte administratif et de l'acte commercial, chacun impliquant une compétence dérogatoire aux tribunaux, moins justifiée par leur nature que par leur objet : savoir une opération spéculative pour le premier et une opération réalisée au profit de l'intérêt général pour le second. Certes, il ne s'agit pas de négliger la singularité des difficultés auxquelles chacune de ses doctrines fut confrontée. Pour autant, elles semblent partager des synergies dont celle que nous venons d'évoquer. Du reste, il n'est pas rare qu'un administrativiste explicite les rapports entre le droit administratif et le droit civil, en s'inspirant de l'exemple du droit commercial. La spécialité des juridictions consulaires (en première instance seulement) fut quelques fois mobilisée pour justifier celle de la juridiction administrative – et, partant, l'autonomie relative du droit administratif. En 1830, LOCRÉ trouve encore à propos de le rappeler en discutant des compétences à confier au Conseil d'État.

Quoique les principes fondamentaux du droit civil (...) dominent les affaires et doivent devenir les guides de tous les juges, il est certain néanmoins que, suivant la nature et l'espèce particulière des contestations auxquelles on les applique, ils sont susceptibles, dans leur application même, de modifications qui constituent un droit exceptionnel. Ainsi en est-il des affaires commerciales. (...)

La justice administrative aussi a besoin d'un droit exceptionnel, car il lui faut souvent prononcer sur des contestations où se rencontre un conflit d'intérêts généraux et d'intérêts priés, qui sont régis, les premiers par le droit public, les seconds par le droit civil, et par conséquent par des principes différens et quelquefois en opposition. (...)

On ne saurait se passer d'un droit exceptionnel, qui combine les principes du droit public et du droit privé, les modifie et les tempère les uns par les autres. On l'a si bien reconnu, qu'on a créé dans nos écoles, auprès des chaires de droit civil et commun, des chaires où l'on enseigne le droit exceptionnel de l'administration, comme on en avait précédemment établi pour enseigner le droit exceptionnel du commerce.

Ceci posé, les mêmes raisons qui ont fait instituer des tribunaux particuliers pour rendre la justice commerciale, doivent également en faire établir pour rendre la justice administrative²⁸⁷.

Ce n'est pas non plus une incongruité si Vital ROUX – négociant lyonnais et cofondateur de l'École spéciale de commerce et d'industrie (1819) qui à ce jour est devenue l'École supérieure de commerce de Paris – après avoir milité pour un droit commercial qui fût autonome du droit civil²⁸⁸, s'est soucié de la juridiction

acheté des particuliers » (*id.*, t. 1 (1814), p. 19).

²⁸⁷ LOCRÉ Jean-Guillaume, *Quelques vues sur le Conseil d'État, considéré dans ses rapports avec le système de notre régime constitutionnel*, Paris, Gosselin, 1831, p. 46-49.

²⁸⁸ Cf. ROUX Vital, *De l'influence du gouvernement sur la prospérité du commerce*, Paris, Fayolle, 1800.

administrative en faveur de laquelle il publia une brochure²⁸⁹. Il s'y explique assez peu sur ses motivations, mais il est probable que son expérience du commerce ait pu le sensibiliser aux exigences qu'appelât la singularité des affaires commerciales ou administratives – que l'existence d'une juridiction autonome permet de consacrer. Ce détour par le droit commercial nous convainc un peu plus que les administrativistes n'ont pas omis de s'interroger sur les marchés de l'administration. Cette confrontation aide à discerner ce qu'ils ont eu de spécifique à leurs yeux. Sans jamais cesser de concevoir des conventions participant à l'esprit du droit commun, ils n'ont pas manqué d'entrevoir leur singularité en insistant sur la nécessité pour l'administration de pouvoir les faire exécuter de son propre chef, sans la médiation du juge judiciaire qui en eût paralysé la marche.

- 53. Contrat administratif, contrat judiciaire... des locutions symétriques.** – C'est d'après les mêmes motifs que certains administrativistes ont distingué les marchés de fournitures des baux et des ventes adjugés par l'administration. La doctrine – tant administrative que civiliste – parle de bail administratif ou de contrat administratif pour désigner les conventions qui sont passées devant l'administration, comme elle parle de bail judiciaire ou de contrat judiciaire pour ceux passés devant le juge judiciaire. Cette terminologie apparaît dès les années 1810, chez Jean-Baptiste SIREY par exemple – lequel parle indifféremment de « *contrat administratif* »²⁹⁰ que de « *bail administratif* »²⁹¹. Louis-Antoine MACAREL dans ses *Éléments de droit administratif* consacre un chapitre aux baux administratifs²⁹² ; de même le vicomte de CORMENIN dans ses *Prolégomènes* (postérieurs à 1822)²⁹³, puis dans la troisième édition de ses

²⁸⁹ Cf. ROUX Vital, *Considérations sur le rétablissement du Conseil d'État*, Paris, Imprimerie de Ducasso, 1830.

²⁹⁰ SIREY Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts...*, *op. cit.*, t. 18 (1818), II-16 (pagination de la « Table alphabétique des questions et matières »). L'auteur indique à l'occurrence « *Contrat administratif* » un renvoi à l'occurrence « *Décision judiciaire* », sous laquelle est reproduit le résumé suivant : « *Un bail d'immeuble fait par un conseil municipal, n'est pas un acte administratif dont l'interprétation soit réservée à la justice administrative ; toute contestation en cette matière doit être déferée aux tribunaux* » (II-77). Nous retrouvons la même occurrence avec le même renvoi et le même abstract dans son autre recueil (*Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1806...*, *op. cit.*, t. 3 (1818), p. 170).

²⁹¹ SIREY Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts...*, *op. cit.*, t. 23 (1823), II-8 (pagination de la « Table alphabétique des questions et matières »). Sous l'occurrence « *Bail administratif* » insérée dans cette table, nous trouvons plusieurs abstracts dont celui-ci, particulièrement symptomatique de l'idée que SIREY s'est fait des baux administratifs : « *Toute contestation entre un fermier domanial et les agents du domaine, relativement à l'exécution du bail, est du ressort des tribunaux ordinaires, non de la justice administrative* » (II-50).

²⁹² MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de droit administratif...*, *op. cit.*, t. 1 (1818), p. 93 *sq.* (v° Baux administratifs).

²⁹³ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Imprimerie de Giraudet, s. d., p. xlvj *sq.* L'opus est présenté sous le titre : *Prolégomènes*. Suivant le professeur LACHARRIÈRE : « *La première édition [des Questions de droit administratif] est de 1822 (...). Peu de temps après sa publication furent édités à part des Prolégomènes destinés à exposer les notions générales qui avaient été omises. La deuxième édition est introuvable. La troisième est de 1826* » (CORMENIN. *Politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1941, p. 85). Ces prolégomènes ont vraisemblablement été publiés entre 1822 et 1826.

Questions de droit administratif (1826)²⁹⁴ ; l'avocat DALLOZ rédige à leur propos un article (1827)²⁹⁵ – pour ne parler que des principaux auteurs. Cette évolution terminologique ne doit pas nous conduire à penser que les administrativistes commencent à poser les prémices du concept moderne du contrat administratif. Il convient selon nous d'y voir un terme dont la signification se trouve dans la parfaite symétrie avec les expressions civilistes : « bail judiciaire » et « contrat judiciaire »²⁹⁶. MERLIN DE DOUAI rapporte l'explication de ce glissement sémantique : les baux de l'administration rentraient avant 1789 sous la catégorie des baux judiciaires, c'est-à-dire de ceux « *confirmé[s] par l'autorité du juge et par la sentence d'adjudication* », car ils ne pouvaient être « *affirmés qu'en justice* », autrement dit avec la sanction du juge. Leur nouvelle dénomination leur vient de ce qu'ils « *doivent être passés devant les autorités administratives* »²⁹⁷. La locution « bail administratif » s'est développée lorsqu'à partir des années 1820, la compétence administrative sur cette question s'est érodée²⁹⁸. Aussi la doctrine administrative s'est-elle efforcée d'indiquer ce par quoi ces conventions ressortiraient à la compétence administrative : savoir l'acte d'adjudication, et non pas le bail en lui-même. L'attention portée à ces baux cessa assez vite d'être associée à l'examen de questions propres aux communes et aux domaines nationaux²⁹⁹. Plus que de recouvrir une catégorie précise de contrats, cette locution aida à noter la prévalence du juge judiciaire pour le contentieux contractuel, en soulevant un contraste avec les marchés de fournitures.

- 54. Distinguer les baux administratifs des marchés de fournitures.** – Les années 1810 coïncident avec un souci plus marqué de définir les actes administratifs, de sorte à circonvenir ses limites. MERLIN DE DOUAI en propose cette définition en 1812 :

²⁹⁴ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1826), p. 241 sq. (v^o Baux administratifs).

²⁹⁵ DALLOZ Désiré (dir.), *Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale et criminelle...*, op. cit., (1^{re} éd.), t. 3 (1827), p. 184 (spéc. p. 195 sq.) (v^o Compétence).

²⁹⁶ Suivant MERLIN DE DOUAI, un contrat judiciaire « *désigne les conventions qui se forment expressément et par des stipulations positives, soit en présence de la justice, soit au greffe. Tels sont les adjudications et les cautionnements fournis pour l'exécution d'un jugement* » (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence ; Quatrième édition, corrigée, réduite aux objets dont la connaissance peut encore être utile, et augmentée 1^o. d'un grand nombre d'Articles, 2^o. De Notes indicatives des changemens apportés aux Lois anciennes par les Lois nouvelles, 3^o. de Dissertations, de Plaidoyers et de Réquisitoires de l'Éditeur sur les unes et les autres*, Paris, Garnery, 1812-1825 (4^e éd., 17 vol.), t. 3 (1812), p. 94 (v^o Contrat judiciaire).

²⁹⁷ *Id.*, t. 1 (1812), p. 586 (v^o Bail). Cf. dans le même sens Louis-Antoine MACAREL : *Éléments de jurisprudence administrative...*, op. cit., t. 1 (1818), p. 93 (v^o Baux administratifs).

²⁹⁸ BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, op. cit. (2002), p. 88 sq.

²⁹⁹ Cela ressort particulièrement des *Questions de droit administratif* de CORMENIN. Les difficultés sur la compétence en matière de baux adjugés par l'administration sont, dans la première édition de cet ouvrage, envisagées dans les chapitres « *Communes* » et « *Domaines nationaux* », lorsque dans la troisième édition, l'auteur leur consacre un chapitre spécifique sous le titre « *Baux administratifs* ». Cet infléchissement se ressent dès la publication de ses *Prolegomènes* qui, comme nous nous en sommes justifiés plus haut, se situe entre 1822 et 1826.

C'est ou un arrêté, ou une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait d'un administrateur, qui a rapport avec ses fonctions³⁰⁰.

Parce que de cette définition dépend *in fine* de la conception donnée à l'action administrative, certains des auteurs se sont attachés à en cerner les différents aspects. Jean-Baptiste SIREY est de ces auteurs, comme en témoigne cet extrait par lequel il justifie la compétence des tribunaux pour les baux administratifs :

Les tribunaux ne sont pas liés et restreints, dans leur compétence, relativement à une question de propriété entre particuliers, ni par un acte de *gestion domaniale administrative*, ni par un acte de *conseil de tutelle administrative*, ni par un acte qui soit *ordonnance de police* ou de *voirie administrative*. – Les tribunaux ne sont liés (plus ou moins) que par des actes d'*aliénation* de l'action administrative, ou par des *décisions* de la justice d'administration. (...)

En principe général, toute contravention sur des droits privés entre des particuliers ne touchant ni à l'*action de pouvoir*, ni aux *intérêts du trésor*, est essentiellement *judiciaire* ; – elle doit être jugée par les tribunaux, à moins de loi ou de règlement légal qui l'attribue à la justice administrative. (...)

La loi du 16 fructidor an 3³⁰¹, règle principale de la matière, ne dit point que tous actes administratifs soient *règle* ou *lien* pour les tribunaux, sur les *objets* dont s'occupent ces actes administratifs : elle défend seulement d'*entraver* l'exercice de l'*action* administrative, ou de refuser effet aux *décisions* de la *justice* administrative. – Donc la loi du 16 fructidor est sans application pour un cas, où il ne s'agit ni d'entraver l'action administrative ni de refuser effet à une décision de la justice administration³⁰².

En introduisant une distinction entre trois espèces d'actes, Jean-Baptiste SIREY confère ailleurs une cohérence à cette typologie. Il oppose l'administration d'autorité et l'administration d'économie – qui doit être comprise d'après son étymologie, comme le gouvernement intérieur de la maison. Dans la dernière, il y fait entrer l'administration qui agit comme tuteur, dans l'intérêt particulier des communes et des établissements publics, et celle qui dispose des biens de l'État pour leur faire produire

³⁰⁰ MERLIN (dit de Douai) Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence ...*, *op. cit.* (4^e éd.), t. 1 (1812), p. 72 (v^o Acte administratif).

³⁰¹ La loi du 16 fructidor an III (2 septembre 1795) dispose que : « La CONVENTION NATIONALE, après avoir entendu son comité des finances, DÉCRÈTE qu'elle annule toutes procédures et jugemens intervenus, dans les tribunaux judiciaires, contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamation d'objets saisis, de taxes révolutionnaires, et d'autres actes d'administration émanés des dites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes et effets versés au trésor public. Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamans à se pourvoir devant le comité des finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois, et notamment de celle du 13 frimaire dernier » (*Bulletin des lois* 1795 (175), n^o 1064, p. 14).

³⁰² SIREY Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts...*, *op. cit.*, t. 22 (1822), II-226 sq. Il conçoit cette typologie dès la fin de la seconde décennie du XIX^e siècle. « Quelle différence faut-il établir entre les actes de l'administration ? – 1^o. Quand elle ordonne comme pouvoir public, exécutif ou directeur... – 2^o. Quand elle dispose comme tutrice des établissemens nationaux. – 3^o. Quand elle dispose comme économe des domaines de l'état et de ses contributions ? » (*Questions de droit administratif...*, *op. cit.* (1819), p. 17-18 (v^o Administration)). Ailleurs, le même auteur critique les vicissitudes de la « jurisprudence directoriale » qui reconnaissait la compétence de l'autorité administrative pour « toute contestation sur le sens, l'effet ou l'étendue des actes administratifs, alors même que le litige ne porte aucune atteinte à l'action administrative » (*Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. 18).

un revenu. Entendu que ces deux activités ne sont pas propres à interférer avec l'intérêt public.

Les questions qui s'élèvent des clauses d'un bail administratif, ne sont point dans les attributions de l'autorité administrative ; les tribunaux ordinaires sont seuls compétents pour en connaître. – Un bail administratif n'est pas un acte d'autorité administrative, mais bien un acte d'administration d'économie³⁰³.

C'est une idée similaire qu'exprime le baron DE GÉRANDO dans l'une des leçons professées à la faculté de droit de Paris et qui nous est rapportée par l'un de ses étudiants. Dissertant sur l'administration publique, il en vint à traiter de l'« *administration publique comme gestion* » et à distinguer en son sein la « *gestion publique* » et la « *gestion simple* », la première dérivant de l'autorité publique, la seconde correspondant à des activités que peuvent indifféremment entreprendre l'État et les particuliers³⁰⁴. La terminologie de Jean-Baptiste SIREY a peut-être cet avantage de moins prêter à l'équivoque. En parlant d'« *administration d'économie* » plutôt que d'employer le mot « gestion », il aide à se représenter ce que l'administration domaniale a de différent avec l'administration d'autorité dont l'objet est de *gérer* les intérêts de la société³⁰⁵. D'un autre côté, le baron de GÉRANDO indique par sa propre terminologie que la gestion n'est pas nécessairement d'ordre privée, notamment lorsqu'elle s'applique comme un accessoire à l'action administrative. Dans le commerce contractuel avec des particuliers, l'administration n'est pas toujours astreinte aux rigueurs du droit civil.

- 55. Une différenciation des contrats de l'administration, étayée sur une analyse de leur destination.** – Quoi qu'il en soit, cette « *administration d'économie* » ou « *gestion domaniale* » pour SIREY ; cette « *gestion simple* » pour le baron de GÉRANDO sont des expressions qui véhiculent une même idée : les baux n'ont d'administratifs que les actes d'adjudication dont ils procèdent. Cet état ne préjudicie en rien les règles auxquelles ils sont assujettis : savoir les règles du code civil, à l'instar des actes pris

³⁰³ SIREY Jean-Baptiste, *Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1806...*, *op. cit.*, t. 2 (1818), p. 469. Quoique cela nous intéresse moins, il tint ces propos à propos de l'administration de tutelle : « *L'action administrative qui consiste dans l'exercice de la puissance publique pour le maintien des Lois administratives et de la prospérité nationale, peut-elle être confondue avec cette administration d'économie intérieure, qui rend un préfet tuteur et administrateur d'une commune pour ses intérêts particuliers ?* » (t. 3 (1818), p. 99).

³⁰⁴ GÉRANDO Joseph-Marie (de), « Administration », in PAILLET Jean-Baptiste-Joseph (dir), *Dictionnaire universel de droit français, contenant la refonte totale et abrégée des glossaires, lexiques, dictionnaires, répertoires de droit, anciens et nouveaux ; de tous les recueils de lois et réglemens, antérieurs et postérieurs à 1789 ; de toutes les compilations d'arrêts ; de tous les traités et commentaires, etc. ; embrassant toutes les parties de la science des lois, et, particulièrement, sur chaque mot, l'histoire du Droit ancien et du Droit intermédiaire, des rapprochemens avec la législation des peuples étrangers, le texte des lois et réglemens actuellement obligatoires en France, la jurisprudence du Conseil-d'État, de la Cour de cassation, des Cours royales et des Auteurs, etc.*, Paris, Tournachon-Molin, 1825-1827 (5 vol.), t. 2 (1825), p. 415.

³⁰⁵ Il n'empêche que le baron de GÉRANDO emploie parfois l'expression d'« *administration économique* » (*Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1829), p. 52 et t. 4 (1830), p. 245), ou bien encore l'expression équivalente d'« *administration financière* » (t. 3 (1830), p. 379).

par l'administration en vertu de ses pouvoirs de tutelle. Ces deux administrativistes illustrent les efforts entrepris pour discerner au sein de l'activité administrative les actes pris pour la gestion de ses ressources – relevant de la compétence judiciaire –, et ceux pris pour la gestion des moyens directement liés au fonctionnement des services publics – relevant de la compétence administrative³⁰⁶. Si d'aucuns usèrent à la même époque la distinction acte d'autorité/acte de gestion, ce fut dans le dessein de nier, sinon de restreindre le contentieux administratif – tel le duc de BROGLIE. Il n'en reste pas moins que nombre d'administrativistes ont conçu les marchés de fournitures comme des contrats ordinaires, sans faire de difficulté pour les spécifier des baux administratifs – puisque associés aux mouvements de l'action administrative. Peut-être que certains auteurs peuvent laisser penser que les litiges soumis au droit civil ressortissaient à la compétence judiciaire. Tel l'avocat MACAREL : « *Lorsqu'il ne s'agit pas, en un mot, d'interpréter un acte administratif, mais de décider une question de droit civil, (...) la contestation est du ressort des tribunaux* »³⁰⁷. Mais les *Institutes* du professeur GÉRANDO dissipent cette équivoque, en opposant de manière saisissante baux et marchés de l'administration.

L'État, simple propriétaire, fait, dans ses rapports avec les particuliers, l'office de personne privée, subit alors les règles du droit commun. (...)

L'État contractant avec des particuliers pour la confection ou la fourniture de divers objets nécessaires aux services publics, se trouve avec ceux qui ont traité avec lui dans une situation spéciale, relative à la nature de ces conventions³⁰⁸.

En évoquant la nature spécifique de ces conventions, une lecture croisée de la doctrine administrative permet de se convaincre qu'elle n'a pas envisagé les marchés d'une manière qui la ferait préfigurer les contrats administratifs. Ce que le baron de GÉRANDO entrevoit à travers le terme « nature », c'est plutôt leur destination qui fait admettre que l'administration puisse user d'autorité vis-à-vis des fournisseurs, alors même qu'ils ne sont ni des agents de l'administration, ni des citoyens placés dans un rapport de police vis-à-vis de l'administration. Et ceci par contraste avec les situations où ce privilège n'a plus sens, donc n'a plus de caractère opératoire – savoir lorsqu'elle « *remplit (...) l'office d'une personne privée* »³⁰⁹. Les marchés traduisent en somme ce que GÉRANDO appelle ailleurs la « *gestion publique* »³¹⁰, c'est-à-dire une activité où se joignent la gestion et l'autorité : une *gestion teintée d'autoritarisme*. D'après ces confrontations, il nous paraît que les administrativistes ont su, à partir des années

³⁰⁶ *Contra* : BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, *op. cit.* (2002), p. 90 *sq.*

³⁰⁷ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de droit administratif...*, *op. cit.*, t. 1 (1818), p. 104 (v^o Baux administratifs).

³⁰⁸ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 3 (1830), p. 379.

³⁰⁹ *Id.*, t. 1 (1829), p. 52 : « *L'administration, en gérant le patrimoine public, remplit souvent l'office d'une personne privée ; il y a seulement à considérer, dans ce cas, quels sont ses droits et de quelle manière s'exerce son action* » (p. 52-53).

³¹⁰ Cf. PAILLET Jean-Baptiste-Joseph, *Dictionnaire universel de droit français...*, *op. cit.*, t. 2 (1825), p. 415 (y est reproduit une leçon de GÉRANDO sur l'administration publique).

1820, déployer des distinctions pénétrantes pour départager les rapports contractuels de l'administration – avec d'un côté les marchés de l'administration ; et de l'autre les baux administratifs. De ce point de vue, l'emploi des termes « marchés » et « baux » nous semblent moins refléter « *l'économie d'une réflexion* »³¹¹ qu'une différenciation entre deux situations contractuelles de l'administration : l'une où elle commande une prestation dont la réalisation est strictement encadrée par un pouvoir de direction, l'autre où elle donne à bail dans la seule optique de générer un revenu sans qu'aucun pouvoir coercitif ne puisse se justifier.

³¹¹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit. (2003), p. 730.

56. **Conclusion du titre I.** – En négligeant les administrativistes qui se sont distingués dans le premier tiers du XIX^e siècle, l'on s'expose à rester insensible aux préoccupations doctrinales qui ont déterminé leurs propos. En se gardant de trop systématiser, ils nous font voir que l'administration ne fut pas tant – ou pas seulement – un objet déjà constitué qu'un sujet à formaliser. Les auteurs rencontrés se sont manifestés selon des intentions spécifiques. Les uns – plus enclins à contribuer à la science administrative – ont exposé les ressorts de l'administration en négligeant les contrats. L'on perçoit sous leur plume cette angoisse que son organisation vicieuse ne permette un désordre tel qu'elle cesse d'être un objet utile au pouvoir politique au point de le rendre débile. Peut-être l'administration publique est-elle le premier lieu auquel le pouvoir politique fait démonstration de sa puissance : en gardant la maîtrise de ses agents, il renvoie aux administrés une image qui renforce sa légitimité. Abordés de biais, les contrats ne sont jamais l'occasion que de traiter des agents de l'administration pour profiler leur subordination, c'est-à-dire pour les montrer comme un vecteur de la hiérarchie administrative. Le spectre de l'Ancien Régime – et avec lui les affres de la bureaucratie – nous paraît encore prégnant chez des auteurs comme BONNIN et PORTIEZ DE L'OISE. Leur manie obsessionnelle – véhiculée par leur conception mécaniste de l'administration – met en exergue le souci qu'ils eurent d'une économie de l'ordre et d'une efficacité du pouvoir. À travers le contentieux suscité par les fournitures de l'État, d'autres auteurs – plus souvent des juristes familiers du contentieux – se montrèrent sensibles à dissiper des équivoques qui, sous l'Ancien Régime, se présentaient comme une pratique éprouvée par l'administration de la Couronne. Aussi se sont-ils efforcés de distinguer les fournisseurs des administrateurs. L'enjeu étant d'appréhender les uns comme des partenaires économiques dont l'excellence du service fût suspendue à la perspective d'une spéculation ; et les autres, comme des agents dont aucun intérêt pécuniaire ne pût altérer l'exactitude de leur dévouement. Ces réflexions qui opposent deux manières de servir l'État participent des premières, en ce qu'elles profilent un agent administratif dont les traits caractéristiques supposent la passivité de ses décisions et l'efficacité de son action. Les efforts pour dissocier les marchés de fournitures des baux administratifs servirent un ordre d'idées similaire. À savoir, départager des contrats dont les uns poursuivent un intérêt financier pour procurer des ressources à l'État – les baux ; et dont les autres visent à associer à la marche des *services publics* (au sens de l'époque) un partenaire pourtant autonome de la hiérarchie administrative – les marchés. La doctrine administrative fit montre d'une profonde modernité en modélisant des relations connexes et pour assigner à chacune un sens spécifique. On s'explique aisément le peu d'intérêt dont certains firent montre à l'égard des contrats de l'administration : leur démarche doctrinale ne les y a pas invités. De même, l'on voit que les marchés de fournitures (tout autant que les baux administratifs) ne se sont pas donnés comme un objet déjà constitué que les administrativistes auraient

seulement eu à décrire. Il leur a fallu les penser en des termes qui fussent adéquats avec les enjeux sous-jacents à la (re)-fondation napoléonienne de l'administration (dont il ne faut peut-être pas surestimer la radicalité novatrice). Ces entreprises doctrinales nous paraissent avoir assigné à l'administration publique une conception qui fût économe dans la démonstration de sa puissance et efficace dans son action. C'est-à-dire penser une administration *moderne* proportionnée à son utilité, dont l'organisation ne fût pas viciée au risque de menacer le pouvoir politique par une dilution de sa puissance. Au cours des années de la Restauration, ce fut plutôt la juridiction administrative qui donna aux administrativistes l'occasion d'affiner leur conception des marchés de fournitures. À travers des controverses qui entretenirent des thèses variées, certaines s'employèrent à préciser l'intimité entre ces contrats et l'action administrative. En l'envisageant dans le titre suivant, il est encore question de montrer que les contrats de l'administration n'ont pas été pensés pour eux-mêmes, mais qu'ils ont été mis en discours pour soutenir une certaine représentation de l'administration – et subséquemment de sa juridiction.

TITRE II

LES MARCHÉS DE FOURNITURES DE L'ÉTAT SAISIS PAR LES CONTROVERSES SUR LE CONSEIL D'ÉTAT (1815-1830)

57. Les administrativistes précédemment étudiés se rapportent à des champs doctrinaux spécifiques. Charles BONNIN participa au développement d'une science administrative, tandis que PORTIEZ DE L'OISE entreprit un enseignement universitaire porté sur le « *droit public français et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique* »¹. Les autres – essentiellement des arrêttistes – se sont signalés par le biais du contentieux administratif qu'ils contribuèrent à formaliser autant qu'à divulguer. Cette sélection ignore pourtant une autre littérature tout aussi essentielle : une littérature *polémique* qui, au cours de la Restauration, a fait du Conseil d'État un objet de débat. Les controverses qui l'ont assailli touchèrent à plusieurs aspects assez de cette institution, tous déterminés par la nature des résistances qu'il suscita. Ce fut ses attributions contentieuses qui, au cours de la décennie 1820, excitèrent les critiques les plus véhémentes. Celles-ci nous intéressent spécialement au titre des arguments développés pour les étayer. En effet, les marchés de fournitures de l'État furent parmi les compétences du Conseil d'État les plus disputées. Ils servirent de fer de lance aux dénonciations portées à montrer l'irrationalité de ses attributions – leur caractère arbitraire, insensé et inique. Ces marchés furent saisis au travers d'un genre littéraire spécifique, à plusieurs points de vue, des ouvrages ordinairement conçus pour les praticiens ; un genre déployant un mode d'expression par le biais duquel les auteurs – souvent les mêmes qui s'illustraient auprès des praticiens – ont déployé des discours plus incisifs, car polémiques. En témoignent les deux ouvrages de SIREY et CORMENIN sur le Conseil d'État (1818). Il faut donc considérer que les marchés de fournitures n'ont pas été sacrifiés à une polémique qui en aurait dénaturé le sens. Bien au contraire, les protagonistes s'employèrent à les investir de leur intelligence pour les présenter *in fine* avec une pénétration sans pareille. La nature de ces marchés fut discutée, appréciée et débattue selon la manière dont le Conseil d'État fut controversé (**chapitre 1**). L'étude de cette littérature *polémique* est indispensable pour discerner la trame de deux discours antagonistes qui traversèrent tout le XIX^e siècle. L'un porté à les assimiler purement et simplement aux contrats du code civil en les rejetant vers la compétence judiciaire (**chapitre 2**), l'autre porté à exacerber la

¹ Art. 2, alinéa 3 de la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), in BEAUCHAMP Arthur (MARAIS de), *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur : comprenant les décisions de la jurisprudence et les avis des conseils de l'instruction publique et du Conseil d'État*, Paris, Delalain frères, 1880-1915 (7 vol.), t. 1, p. 137.

singularité de ces marchés (**chapitre 3**). En outre, cette littérature est déterminante à un autre point de vue : la discussion des marchés de fournitures n'est jamais autonome de certains enjeux contemporains aux auteurs. Les diverses acceptions qui leur ont été assignées procèdent toutes des thèses auxquelles ils furent attirés. Controverser leur nature, ce n'est rien d'autre que discuter de l'administration pour l'action de laquelle ils sont un vecteur essentiel. Ajoutons que les développements de ce titre couvrent seulement les débats parlementaires qui eurent lieu sous la Restauration. S'ils se sont poursuivis sous la Monarchie de Juillet, les critiques dirigées contre le Conseil d'État ne se sont pas présentées de la même manière, ni même n'ont été sous-tendues par les mêmes enjeux. Nous aborderons plus succinctement ces dernières dans le titre IV, afin de conserver à notre propos toute sa cohérence.

Chapitre premier

Appréhender un contentieux contractuel : les enjeux d'une critique du Conseil d'État

58. En nous apprêtant à traiter d'une littérature que nous qualifions de *polémique*, éclairée ponctuellement par les débats parlementaires contemporains, il nous est nécessaire de nous attarder sur les correspondances qui existent entre notre sujet et les controverses qui frappèrent le Conseil d'État sous la Restauration. Pour ce faire, nous indiquerons en quels termes ont été posées les critiques qui lui furent adressées (**section 1**). Après quoi nous présenterons cette littérature que nous qualifions de *polémique*, afin d'expliciter la manière dont les marchés de fournitures furent impliqués dans les controverses dont il s'agit (**section 2**).

Section première. – Les ressorts des critiques adressées au Conseil d'État sous la Restauration

59. **Du Conseil d'État aux marchés de fournitures : les ressorts d'un dynamisme doctrinal.** – Il ne suffit pas de discerner comment certains auteurs se sont représenté les contrats de l'administration – spécialement les marchés de fournitures (de l'État). Il faut encore supposer que les diverses conceptions qu'ils se sont données, ont résulté d'un propos orienté par certaines préoccupations doctrinales. C'est en ce sens que nous souhaitons expliciter ce à quoi les marchés de fournitures ont été articulés. Les débats auxquels certains administrativistes se livrèrent à leur sujet, n'ont pas été suscités *ex nihilo*. Ils se sont tenus à l'occasion des controverses qui ont ébranlé le Conseil d'État tout du long de la Restauration. Leur définition fut liée au sort de la juridiction administrative², de son contentieux, et de son droit³. Les auteurs dont

² Si nous parlons restrictivement des marchés de fournitures, plutôt que des contrats de l'administration ou sinon des marchés de l'administration – expression qui engloberait tant les marchés de fournitures que les marchés de travaux publics –, c'est parce que les critiques dont la juridiction administrative fut assaillie portèrent exclusivement contre le Conseil d'État. Or les marchés de travaux publics ressortissaient à la compétence des conseils de préfecture en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800). Par ailleurs, le contentieux des baux domaniaux suscita très peu de débats, parce qu'il était admis qu'ils ressortissaient à la compétence judiciaire. D'ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'État avait commencé dès la fin de l'Empire à décliner sa compétence au profit des tribunaux. Cette évolution s'est encore accentuée sous la Restauration.

³ La richesse des débats relatifs à la juridiction du Conseil d'État et – plus spécialement – aux fournitures nous paraît avoir été sous-estimée. Quelquefois même, nous avons le sentiment que la tâche qui dévalorise la doctrine administrative du premier XIX^e siècle – comme une doctrine naissante donc nécessairement balbutiante –, a conduit certains à ne pas lui accorder tout le crédit qu'elle eût mérité. René de LACHARRIÈRE en est une illustration, quoiqu'il faille admettre qu'il fut parmi les premiers à s'intéresser à

nous allons traiter, ne se sont pas intéressés aux marchés de fournitures comme s'ils avaient envisagé d'en épuiser la matière. C'est au travers des critiques dirigées contre le Conseil d'État qu'ils s'en souciaient. Est-ce à dire que provoquées par un accident politique, leurs préoccupations ont été biaisées au point que nous inclinerions à les déprécier ? Bien au contraire, les conceptions qu'ils se donnèrent des marchés de fournitures ont été étroitement solidaires des réflexions qui se sont tenues sur le Conseil d'État. En forçant peut-être le trait, l'on peut penser qu'elles n'auraient probablement pas eu lieu sans ces dernières. Les thèses déployées de part et d'autre à propos des fournitures ont enrichi d'une manière décisive les critiques adressées à cette institution. Par leur truchement, elles ont permis à leurs auteurs de formaliser des conceptions concurrentes sur l'action administrative – ce qui n'était rien d'autre que l'enjeu des débats. Certaines de ces conceptions sont d'autant plus édifiantes qu'elles nous paraissent avoir consacré des opinions diffuses depuis le début le début du XIX^e siècle. En ce sens, elles auraient participé à formaliser – tout en l'actualisant à la Restauration – une doctrine élaborée au sein des administrations révolutionnaire et napoléonienne.

60. La littérature que nous projetons d'analyser se distingue de celle jusqu'ici abordée. Sans l'indiquer, nous en avons déjà mobilisé quelques exemples : les ouvrages CORMENIN et SIREY sur le Conseil d'État essentiellement. Nous nous sommes alors efforcé de rendre compte des différents aspects par le biais desquels les contrats de l'administration y ont été appréhendés, sans insister sur ce qui put motiver la démarche de leurs auteurs. C'est ce dont il s'agira de rendre compte ici, en rapprochant ces derniers d'autres, moins connus. À vrai dire, cette littérature dont nous allons définir les contours, s'intéressa aux contrats un peu comme par accident. Les propos qui s'y rapportent se sont articulés autour d'un autre sujet : le Conseil d'État, tel qu'il fut controversé sous la Restauration⁴. Plus que tout autre, un article

quelques-uns de ces administrativistes – en l'occurrence le vicomte de CORMENIN. « À peu près vaincue dans la controverse doctrinale, la juridiction administrative s'est maintenue cependant, non par le médiocre argument que l'on donne aujourd'hui, fondé sur la spécialisation des connaissances nécessaires au juge ; mais par la résistance acharnée de quelques fonctionnaires et cet instinct des gouvernements qui est plus fort que leurs convictions mêmes. Il n'en reste pas moins qu'elle court alors un immense danger, et avec elle tout l'avenir du Droit administratif français » (CORMENIN : *politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1941, p. 81).

⁴ Les études contemporaines qui recouvrent ce sujet sont nombreuses. Sans toutes les citer, nous mentionnons celle de Guy RAÏSSAC : *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la Deuxième République* (Paris, Sirey, 1937 ; thèse de doctorat, faculté de droit de Paris). Il ne faut pas manquer d'avoir à l'esprit que cet ouvrage a été entrepris lors d'une époque tourmentée pour le Conseil d'État. Si nous apprécions la qualité de cette étude, il n'est pas moins nécessaire d'en faire au préalable une critique au point de vue de l'historiographie. La thèse de Michel CHABIN est édifiante pour la critique des sources : *Le Conseil d'État sous la Restauration*, 1972 (thèse dactylogr., École nationale des Chartes – consultable aux Archives nationales sur autorisation de l'auteur : cote AB/XXVIII/535 ; résumée dans : *Positions des thèses soutenues par les élèves de la promotion de 1972 pour obtenir le diplôme d'archiviste paléographe*, Paris, École des chartes, 1972, p. 43-50). Enfin, l'ouvrage du professeur PACTEAU demeure incontournable, d'autant qu'il situe le Conseil d'État dans le temps long : *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au*

du duc de BROGLIE⁵ est symptomatique des solidarités qui rapprochent ces deux thématiques et dont le nœud causal nous retiendra.

La force publique (...) n'existe pas par cela seul que le pays livre des hommes pour la composer, et de l'argent pour solder ces hommes. Il faut, avant de les mettre à l'œuvre, les organiser, les armer, les équiper ; il faut les loger, les habiller, les nourrir ; c'est-à-dire qu'il faut construire des casernes, passer des marchés, se procurer des armes, *etc., etc.* En cela le gouvernement n'agit plus précisément comme pouvoir exécutif, dans le sens où les faiseurs de constitution entendent ce terme ; il n'est plus le bras même de la loi, qui se lève à son commandement, qui appréhende au corps le citoyen récalcitrant, et le réduit à l'obéissance. Tout au contraire, il traite de gré à gré avec les individus ; il achète, il vend, il loue, il contracte sous toutes les formes. C'est l'intendant d'une grande maison qui surveille à la construction des bâtimens nécessaires, qui pourvoit à l'habillement et à la nourriture des serviteurs, à l'armement des gardes, à l'entretien du mobilier⁶.

Ce n'est pas tant que cet auteur s'intéressa spécialement aux contrats de l'administration. Il s'est plutôt agi d'un argument grâce auquel Victor de BROGLIE étaya une critique de la juridiction administrative⁷. Certes, les débats qui portèrent successivement sur la constitutionnalité du Conseil d'État, puis sur la légalité de sa juridiction contentieuse, ne participent pas en soi de notre sujet. Ils n'ont pas moins incité les protagonistes à s'interroger sur le contentieux administratif – à la définition duquel participent les marchés de fournitures. Pour convaincre que ce contentieux dût être renfermé dans des limites plus étroites, Victor de BROGLIE insista sur ce qui distinguait le gouvernement de l'administration, en rappelant les termes de cette

XIX^e siècle (Paris, P.U.F., 2003). À l'instar de cet article du professeur MESTRE : « Le Conseil d'État de France du consulat au début de la III^e République (1799-1872) » (*in* [collectif], *Deuxième centenaire du Conseil d'État*, Paris, P.U.F., 2001 (2 vol.), t. 2, p. 25 ; publié dans un n^o spécial de la *Revue administrative*). Du reste, les controverses dont le Conseil d'État a fait l'objet sous la Restauration ont été récemment abordées de biais par divers travaux – suivant leur objet respectif. Mentionnons à cet égard ceux du professeur GILBERT : *Le juge judiciaire, gardien de la propriété privée immobilière. Étude de droit administratif* (Paris, Éditions Mare & Martin, 2011 ; thèse de doctorat, université de Nantes).

⁵ Au sujet de Victor de BROGLIE (1785-1870), voir la notice biographique dont il fait l'objet dans le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004). Soulignons qu'il suivit une carrière au sein du Conseil d'État de l'Empire jusqu'à la Monarchie de Juillet ; il en assumait même la présidence pendant quelques mois en sa qualité de ministre de l'instruction publique (1830). Élu député pendant la Deuxième République, il se retira de la vie politique après le coup d'État du 2 décembre 1851.

⁶ [BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, contenant un examen critique de l'organisation de la justice administrative et quelques vues d'amélioration ; par L. A. MACAREL avocat à la cour royale de Paris, ancien avocat aux conseils du Roi et à la Cour de cassation », *in* *Revue française* 1828, VI, p. 65-66. Cet essai est également disponible sous le titre : « De la juridiction administrative », dans cet ouvrage-ci : *Le duc de BROGLIE. Écrits et discours* (Paris, Didier & Cie, 1863 (3 vol.), t. 1, p. 249). Nous y lisons de la plume de l'éditeur cet avertissement signifiant quant à la portée de l'article précité : « En nous autorisant à rechercher, dans les colonnes du *Moniteur* ou de plusieurs revues périodiques, l'expression de sa pensée rendue publique à diverses époques, M. de BROGLIE ne nous a permis de la reproduire que quand il était possible de la rattacher à quelque position générale de philosophie, de littérature, de droit public ou international, en un mot à quelque intérêt permanent ».

⁷ Cet opuscule rencontra un large succès et suscita de nombreuses répliques, dont celle en particulier du président HENRION DE PANSEY : *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État ; Entretien de M. le premier président HENRION DE PANSEY, contenant un examen critique des principes émis sur les Tribunaux administratifs, dans le sixième numéro de la Revue française, publié par M. COTELLE* (Paris, Barrois père & Duprat, 1830).

opposition, ou – pour mieux dire – en l'exprimant selon ses vues : celui-là commande aux administrés, lorsque celle-ci « *traite de gré à gré avec les individus* ». Subséquemment, « *lorsqu'un citoyen attaque le gouvernement en sa qualité d'administration, lui imputant d'avoir violé ou mal rempli les conditions d'un contrat, d'un marché quelconque, passé avec elle, c'est là un procès ordinaire* » conclut-il. *L'administration a traité avec les citoyens sur un pied d'égalité parfaite* ⁸. L'administration n'est rien de plus que « *l'homme d'affaire de la société* » ⁹. À l'exemple de cet auteur, ces controverses obligèrent les protagonistes à se donner une certaine conception du droit administratif – ne fût-ce que sous certains de ses aspects. S'interroger sur la compétence juridictionnelle du Conseil d'État, c'est inmanquablement s'interroger sur le contentieux administratif, donc sur la spécificité du droit administratif ¹⁰. Aux côtés des conflits, des domaines nationaux ou encore de l'appel comme d'abus, le contentieux des fournitures fut de ces sujets âprement débattus lors des controverses qui assaillirent le Conseil d'État en menaçant l'existence.

- 61. Les vicissitudes du Conseil d'État sous la Restauration.** – La mésestime du Conseil d'État sous la Première Restauration (avril 1814-mars 1815) peut se comprendre comme un anathème jeté sur l'héritage napoléonien ¹¹. Les critiques s'épurèrent néanmoins de leur âpreté à partir de la Seconde Restauration (juillet 1815-août 1830) – sans néanmoins rien perdre en vigueur. Les ultra-royalistes ne manquèrent pas d'exploiter la tribune que leur offrit la députation pour vitupérer contre le Conseil d'État en en dénonçant son inconstitutionnalité. C'est-à-dire son incompatibilité avec une monarchie dont la définition était l'enjeu même des débats. Il fut moins critiqué pour ce qu'il était, qu'il ne fut honni pour être inconciliable avec le modèle du gouvernement monarchique pour lequel les ultra-royalistes œuvraient. En s'efforçant d'en synthétiser les griefs, deux affleurent des débats parlementaires. D'une part, depuis la Chambre « introuvable » (août 1815) jusqu'au début du ministère VILLÈLE (décembre 1821), les élus ultras demeurèrent – à l'exception de quelques-uns ¹² – inhabiles à saisir l'essence du pouvoir ministériel ¹³. Inexpérimentés

⁸ [BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 67-68.

⁹ *Id.*, p. 73.

¹⁰ C'est également l'opinion de Guy RAÏSSAC – pour qui « *la défaveur subie par la justice administrative se rattache, pour une grande part, à la décadence marquée d'un droit [administratif] dont elle n'était que le prolongement et le moyen d'exécution* » (*Les controverses relatives à la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1937), p. 106).

¹¹ Cf. en guise d'illustration l'opinion de Louis-André PICHON, lors même que LOUIS XVIII l'eut nommé maître des requêtes en 1814 : « *L'instrument le plus actif, le plus efficace de la tyrannie du gouvernement de NAPOLEON, a été le conseil d'état. Ce corps, destiné, dans l'intention des inventeurs, à détruire la représentation nationale et à restreindre et la considération et l'autorité des corps judiciaires, a parfaitement répondu à l'attente qu'on s'en était formée* » (*De l'état de la France sous la domination de Napoléon BONAPARTE*, Paris, Dentu, 1814, p. 65). Il surenchérit dans un autre ouvrage paru peu après : *De nos constitutions futures* (Paris, Imprimerie de Porthmann, 1814, spéc. p. 32-33).

¹² Nous pensons en particulier au baron de VITROLLES (*Du ministère dans le gouvernement représentatif*, 1815) et au vicomte de CHATEAUBRIAND (*De la monarchie selon la charte*, 1816).

aux affaires gouvernementales, ils critiquèrent le Conseil d'État avec d'autant moins de circonspection que son utilité leur sembla suspecte. En lui reprochant son incompatibilité avec le gouvernement représentatif, ils militèrent pour que les ministres s'en remettent à une relation exclusive avec les chambres¹⁴. Ce d'autant plus que le Conseil d'État se vit attribuer, par l'ordonnance du 19 avril 1817, une compétence pour concourir à la préparation des projets de loi. Leurs critiques sont le témoignage du scepticisme vis-à-vis d'une institution dont le rôle leur demeura énigmatique¹⁵ ; ainsi que de la méfiance vis-à-vis d'un haut-fonctionnariat parisien

¹³ Cf. DÉMIER Francis, *La France de la Restauration (1814-1830)*, Paris, Gallimard, 2012, p. 164 *sq.* Pour un point de vue plus approfondi quant à notre thématique : OECHSLIN Jean-Jacques, *Le mouvement ultra-royaliste sous la Restauration, son idéologie et son action politique (1814-1830)*, Paris, L.G.D.J., 1960 (thèse de doctorat, faculté de droit de Paris), p. 67 *sq.* Nous mentionnons en outre un article d'Arnaud DECROIX, dont la lecture nous convainc que l'attitude des ultras résulte d'aspirations politiques plutôt qu'elle ne fût la marque d'une ineptie intellectuelle : « La noblesse en émigration ou la tentative d'une reconstruction politique (1789-1815) » (in BAURY Roger & LEGAY Marie-Laure (dir.), *L'invention de la décentralisation : noblesse et pouvoirs intermédiaires en France et en Europe, XVII^e – XIX^e siècle*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2009, p. 305).

¹⁴ C'est en ce sens que s'exprime le comte de VILLÈLE, avant qu'il n'assume des responsabilités ministérielles : « Je serais fondé à demander ce qu'est le conseil d'État dans notre constitution qui ne le reconnaît pas, et de quelle utilité il peut être dans notre gouvernement représentatif qui n'en a pas besoin. (...) Aujourd'hui que les députés de la France sont rendus par la Charte à la plénitude de l'exercice de leurs droits ; aujourd'hui que c'est dans la Chambre elle-même que le gouvernement doit trouver les orateurs les plus influents et les plus capables de le bien servir ; aujourd'hui que la réalité du gouvernement représentatif doit exister pour nous, je suis fondé à demander si la dépense des 800,000 francs que coûte le conseil d'État est indispensable, et s'il n'est pas de notre devoir de ne plus la voter » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises imprimé par ordre du corps législatif*, Paris, Dupont, 1862-1913 (2^e série, 127 vol.), t. 18 (1870), p. 589 ; Chambre des députés, 6 février 1817). En retour, BECQUEY cherche bien à persuader que ce conseil n'est pas une ombre portée à l'autorité du parlement. « Il serait bizarre, Messieurs, qu'un gouvernement, qui ne pourrait marcher si l'autorité royale n'était bien conseillée, n'eût pas besoin de conseillers. Quoi ! (...) il ne lui serait pas permis de s'entourer de tous les hommes qu'il croit capables de l'éclairer et de le soutenir ! C'est dans la Chambre même, dit-on, que le gouvernement doit trouver les plus influents et les plus capables de le bien servir. Personne ne le nie, mais, quand le gouvernement a trouvé ses orateurs, quand il les a choisis, quel motif l'empêcherait de les faire et de les appeler conseillers d'État ? A-t-on voulu dire que le Roi ne devait prendre les conseillers d'État que dans les Chambres ? Mais où serait la cause de cette restriction apportée à la prérogative royale ? Quelle nécessité constitutionnelle interdit au Roi de consulter les hommes dont il croit devoir s'approprier les lumières ? et s'il est le maître de les consulter, pourquoi ne pourrait-il pas leur donner publiquement les fonctions et le titre de ses conseillers ? Le Roi, qui propose la loi, ne peut-il faire préparer et discuter ses propositions par qui il lui plaît ? J'ai peine à croire que les formes du gouvernement, qui opposent à l'autorité plus d'obstacles, lui imposent plus d'obligations et exigent d'elle plus de lumières, soient précisément celles où l'autorité ait le moins besoin de conseil et d'appui » (*id.*, p. 676 ; Chambre des députés, séance du 10 février 1817). Plus tard encore, LA BOURDONNAYE insiste dans le même sens que VILLÈLE : « La seconde [question constitutionnelle], non moins importante, conduit à examiner si, dans les mains d'un ministère habile, un tel corps [le Conseil d'État], composé des hommes les plus influents des deux Chambres ne serait pas un instrument dangereux pour la liberté, et si, lié aux actes du ministère par la préparation des lois, il ne formerait pas bientôt une oligarchie assez puissante pour dominer les Chambres, comme elle le serait assez sous un ministère faible pour l'asservir lui-même, et dans tous les cas annuler par le fait la seule garantie nationale, la responsabilité des ministres » (*id.*, t. 21 (1871), p. 528 ; Chambre des députés, 31 mars 1818). Sans faire référence aux débats relatifs au Conseil d'État, Jean-Jacques OECHSLIN souligne le vœu des ultras – *a priori* sincère – de voir les chambres délivrées de toutes les influences qui puissent en altérer l'indépendance, notamment en élevant une incompatibilité qui frappe les fonctionnaires élus (*Le mouvement ultra-royaliste sous la Restauration...*, *op. cit.* (1960), p. 127-128).

¹⁵ Ceci jusqu'à ce que le comte de VILLÈLE remplace le duc de RICHELIEU à la présidence du Conseil. Passé 1820, les critiques émanèrent davantage de la gauche et du centre-gauche.

complice de l'Empire¹⁶. D'autre part, cette désapprobation fut le volet d'un projet de décentralisation administrative¹⁷. Tandis que le Conseil d'État participait à incarner un centralisme administratif vécu à maints égards comme oppressif, les attaques dirigées à son encontre concordèrent avec cette aspiration tendant à restituer aux notabilités nobiliaires une influence concurrencée par l'administration locale¹⁸. La juridiction contentieuse du Conseil d'État fut, ce faisant, l'objet de critiques. Elles restèrent néanmoins étayées sur une argumentation assez rudimentaire : elles ne paraissent pas avoir trop accaparées l'attention. Les parlementaires ultras ne se sont pas préoccupés de s'interroger sur la raison d'être de la justice administrative – mais ont plus généralement invoqué la prohibition par la Charte des tribunaux extraordinaires¹⁹. Si leurs motifs ne manquent pas d'être judicieux et légitimes même, ils ont arqué leurs propos – sans beaucoup les développer – autour de l'incompatibilité avec la Charte d'une institution ceinte d'une aura négative²⁰. Ce grief ne fut qu'un argument supplémentaire – et assez secondaire – pour dénoncer un Conseil d'État dont l'emprise sur l'espace institutionnel, hypothéquait alors le projet de monarchie en le sens duquel les ultras militaient²¹.

¹⁶ Pour n'en citer que quelques-uns, nombreux sont les partisans du Conseil d'État qui ont connu une brillante carrière dans l'administration impériale : tels BARBÉ DE MARBOIS, ministre du Trésor, puis premier président de la Cour des comptes (cf. son intervention comme ministre de la justice : MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, op. cit., t. 15 (1869), p. 84 ; Chambre des pairs, 19 octobre 1815) ; BENOIST, qui assumait de nombreuses fonctions au ministère de l'intérieur (*id.*, p. 305 ; Chambre des députés, 24 novembre 1815) ; le baron DUDON (cf. son intervention comme commissaire du roi, *id.*, t. 18 (1870), p. 611 ; Chambre des députés, 7 février 1817) ; BECQUEY qui, nonobstant ses intelligences royalistes, fut notamment conseiller de l'Université (*id.*, t. 18 (1870), p. 676 ; Chambre des députés, 10 février 1817). Pour un approfondissement de la question, cf. les articles du professeur TULARD : « Les épurations en 1814 et 1815 » (*in Revue du souvenir napoléonien* 1994, n° 396, p. 4) et « Le Conseil d'État et la crise de 1814-1815 » (*in Revue administrative* 1998, n° spécial, p. 7) ; ainsi que cet ouvrage collectif : *Les épurations administratives, XIX^e et XX^e siècles* (Genève, Droz, 1977).

¹⁷ Les opinions des députés LA BOURDONNAYE (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, op. cit., t. 21 (1871), p. 526 ; Chambre des députés, 31 mars 1818) et VILLÈLE (*ibid.*, p. 618 ; Chambre des députés, 3 avril 1818) en sont une illustration parmi d'autres.

¹⁸ OECHSLIN Jean-Jacques, *Le mouvement ultra-royaliste sous la Restauration...*, op. cit. (1960), p. 181 sq. Cf. en outre deux articles – celui (précité) de M. DECROIX : « La noblesse en émigration ou la tentative d'une reconstruction politique (1789-1815) » (*in* BAURY Roger & LEGAY Marie-Laure (dir.), *L'invention de la décentralisation : noblesse et pouvoirs intermédiaires en France et en Europe...*, op. cit. (2009), p. 305) & celui du professeur BIGOT : « L'administration napoléonienne est-elle compatible avec l'esprit libéral de la Charte ? » (*in Jus Politicum* 2014, n° 13 ; disponible sur Internet).

¹⁹ L'article 62 de la charte du 4 juin 1814 dispose que : « Nul ne pourra être distrait de ses juges naturels », tandis que l'article suivant ajoute : « Il ne pourra en conséquence être créé de commissions et tribunaux extraordinaires ».

²⁰ Cf. en ce sens les interventions des députés VILLÈLE (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, op. cit., t. 19 (1870), p. 127 ; Chambre des députés, 24 février 1817. – *id.*, t. 21 (1871), p. 618 ; Chambre des députés, 3 avril 1818. – *id.*, t. 24 (1873), p. 619 ; Chambre des députés, 27 mai 1819), LA BOURDONNAYE (*id.*, t. 21 (1871), p. 526 ; Chambre des députés, 31 mars 1818), ou de CORBIÈRE (*id.*, t. 24 (1873), p. 621 ; Chambre des députés, 27 mai 1819).

²¹ La comparaison que fit CORMENIN entre le Conseil d'État de l'Empire et celui des monarchies constitutionnelles – quelques temps plus tard et sous le pseudonyme de TIMON –, laisse se représenter le succès de ces attaques. « Lorsque l'étranger, attiré par la beauté de leurs colonnes jaspées, de leurs tableaux et de leurs pendentifs, aperçoit dans les salons du quai d'Orsay [palais dont la construction fut engagée sous l'Empire pour y

62. Les députés de la gauche ou du centre-gauche, à la même époque, ne sont pas montrés beaucoup plus loquaces²², à l'exception peut-être de LANJUINAIS qui déploya une grande énergie pour soustraire au Conseil d'État ses attributions contentieuses en matière de droits politiques²³. Cependant – et en particulier à partir du ministère ultra de VILLÈLE –, ces parlementaires concentrèrent les discussions sur la compétence du Conseil d'État, en s'attachant à l'aporie que soulevait la justice administrative avec le gouvernement représentatif et l'indépendance de l'autorité judiciaire²⁴. Sans rien négliger de sa valeur, il faut noter que cette opposition s'est essentiellement mue sur le terrain constitutionnel²⁵. Il s'est agi de défendre les prérogatives parlementaires en promouvant le parlement comme un – sinon le – garant des droits des citoyens. En effet, aucune nouvelle juridiction ne pouvait être créée sans son concours. À l'instar de celles des ultras, ces réflexions présentent assez peu d'intérêt vis-à-vis de nos recherches, puisqu'elles s'appliquent trop rarement à s'interroger sur l'opportunité d'une justice administrative. Ce fut la physionomie du régime politique et – corrélativement – la place du parlement qui ont été l'objet de toutes les préoccupations.

63. **De la constitutionnalité du Conseil d'État à la légalité de sa juridiction contentieuse : l'évolution d'une critique.** – Après qu'elles se furent estompées entre 1824 et 1828²⁶, ces controverses reprirent avec une nouvelle virulence²⁷ en

installer le Conseil d'État et la Cour des comptes, lesquels ne s'y établirent effectivement qu'en 1840], quelques personnages brodés et emplumés qui viennent statuer sur la mise en jugement d'un garde-champêtre ou sur le curage d'un simple ruisseau, il demande si c'est là ce Conseil d'État dont le nom retentissait en Europe, et dont les Codes immortels régissent encore plusieurs royaumes détachés de la France. Non, le Conseil d'État actuel, petite jugerie, compétence disputée, repaire de sinécures, établissement sans forme et sans légalité, n'est plus ce corps puissant qui, sous NAPOLÉON, préparait les décrets, réglementait les provinces, surveillait les ministres, organisait les provinces réunies, interprétait les lois, et gouvernait l'Empire. (...) Le Conseil d'État était le siège du gouvernement, la parole de la France, le flambeau des lois et l'âme de l'Empereur» (TIMON, *Livre des orateurs*, Pagnerre, 1842 (11^e éd.), p. 138-139).

²² Tels par exemple VOYER D'ARGENSON, à propos d'un sujet intéressant les contributions indirectes (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 19 (1870), p. 126 ; Chambre des députés, 24 février 1817) ou bien DUPONT DE L'EURE relativement à la discussion du budget (*id.*, t. 22 (1872), p. 127 ; Chambre des députés, 22 avril 1818).

²³ *Id.*, t. 18 (1870), p. 465 (Chambre des pairs, 30 janvier 1817). Cf. également du député LANJUINAIS : *Du Conseil d'État et de sa compétence sur les droits politiques des citoyens ; ou examen de l'article 6 de la loi sur les élections du 6 février 1817*, Paris, Delaunay, 1817 & *Constitutions de la nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la charte, et un recueil de pièces corrélatives*, Paris, Baudouin frères, 1819 (2 vol.), t. 1, spéc. p. 303 sq.

²⁴ Pour en rester aux illustrations les plus emblématiques, visons les discussions qui se sont tenues devant la Chambre des députés des départements le 27 mai 1819 : MANUEL (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 24 (1873), p. 616), CONSTANT (*id.*, p. 620), CHAUVELIN (*id.*, p. 620), ROY (*id.*, p. 623) et celles du 7 juin 1821 : LABBEY DE POMPIÈRES (*id.*, t. 32 (1876), p. 37), le comte de LAMETH (*id.*, p. 38), MANUEL (*id.*, p. 39), le général SÉBASTIANI (*id.*, p. 44).

²⁵ Cf. LAIDIÉ Yan, « Les libéraux et la justice administrative au XIX^e siècle : un mariage de raison ? », *in* *Revue administrative* 2001, n° 319, p. 5 ; – BIGOT Grégoire, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? » (*in* R.D.P. 2012, p. 441) ; – ou encore : JAUME Lucien, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, 351 sq.

²⁶ En ce sens, cf. Guy RAÏSSAC : « De 1824 à 1828, la polémique par suite des complications internationales dues à la Sainte-Alliance et à la défense des monarchies de droit divin allait provisoirement s'assoupir. Pendant les années 1828 et

même temps que prit fin le ministère VILLÈLE (janvier 1828)²⁸. L'initiative du député LA ROCHEFOUCAULD les précipita en quelque sorte²⁹. En sollicitant un débat parlementaire sur la détermination des compétences du Conseil d'État, il ne fut pas tant question de contester ses activités juridictionnelles que d'en débattre. C'est pourquoi ces discussions ont – plus que toutes autres – conduit à s'interroger sur le droit et le contentieux administratifs. En témoigne MACAREL (1828) qui, en cessant de considérer spécifiquement le Conseil d'État comme SIREY et CORMENIN (1818), s'est attaché à embrasser la juridiction administrative avec tout ce qu'elle suppose³⁰. En ce sens, nous adhérons à l'analyse de Guy RAÏSSAC selon qui :

L'hostilité à laquelle le Conseil d'État fut en butte, pendant toute la durée de la Restauration, ne dépendait pas uniquement des vices inhérents à son organisation, mais puisait également sa source dans des causes extérieures au Conseil : à savoir la décadence très nette de la législation administrative à cette époque, et d'autre part, la remise à la juridiction administrative d'un contentieux politique d'une brûlante actualité³¹.

Si, pour la Restauration, il est possible de parler de plusieurs controverses du Conseil d'État, celles de la fin des années 1820 soulèvent des réflexions quasi inédites.

1829, l'attaque se développait avec une violence accrue, portant le conflit à son point culminant » (*Les controverses relatives à la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1937), p. 134). Michel CHABIN note pour sa part l'effet d'apaisement que produisit l'ordonnance du 26 août 1824 relative au Conseil d'État (*Le Conseil d'État sous la Restauration*, *op. cit.* (1972), p. 70), avant que les polémiques ne se ravivent – d'après le professeur BIGOT – sous l'effet de « la politisation de la jurisprudence administrative en matière d'élection dans les années 1827-1828 » (*Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, P.U.F., 2002, p. 85).

²⁷ C'est en 1828 que Louis-Antoine MACAREL reprend et développe une série de quatre articles publiés peu avant (« Introduction à la jurisprudence administrative », *in* *Thémis* 1819, I, p. 25 et 232 ; 1820, II, p. 255 et 329), dans un ouvrage intitulé : *Des Tribunaux administratifs, ou Introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, contenant un examen critique de l'organisation de la justice administrative et quelques vues d'amélioration* (Paris, Roret, 1828). C'est à cet ouvrage que réplique Victor de BROGLIE dans son article précité (1828), lui-même critiqué par HENRION DE PANSEY (1830).

²⁸ Ce moment coïncide avec le remplacement – sous le ministère MARTIGNAC – de M^{re} FRAYSSINOU par VATIMESNIL au ministère de l'instruction publique, lequel ré-ouvrit à Paris la chaire de droit administratif à la fin de l'année 1828. Sur l'ordonnance du 19 juin 1828 qui rétablit l'enseignement du droit administratif, cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen FOUCAULT (1799-1860)*, Poitiers, Université de Poitiers, 2007, p. 492 sq.

²⁹ En application de l'article 19 de la charte du 4 juin 1814, le marquis de LA ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT (député) soumit à la délibération de la Chambre des députés une proposition tendant à requérir du roi qu'il déposât un projet de loi pour fixer les compétences juridictionnelles du Conseil d'État. Cf. à cet égard : « Développemens de la proposition de M. le Comte de LA ROCHEFOUCAULD (Gaëtan), tendant à régler les attributions du conseil d'État [séance du 10 avril 1828] » (*in* *Chambre des députés des départemens, Impressions ordonnées par la Chambre, session de 1828*, Paris, Imprimerie royale, 1828 ; n° 15), ainsi que du même : *Des attributions du Conseil d'État* (Paris, Tétot frères, 1829).

³⁰ Cette remarque doit être pondérée. SIREY et CORMENIN ne se sont pas enfermés dans des limites par trop étroites. Ils ont su, le cas échéant, les dépasser pour embrasser les tenants et les aboutissants de leur sujet. Cela étant, ce glissement d'une perspective à une autre, fait écho – selon nous – à l'évolution des débats sous la Restauration. Les *Tribunaux administratifs* de MACAREL l'illustrent parfaitement pour peu que nous considérions la trame de son plan. Il y envisage successivement : 1° l'« administration et [le] principe dont elle découle » ; 2° les « lois administratives » ; 3° les « fonctions administratives » ; 4° la « jurisprudence administrative » ; 5° la « juridiction administrative » ; enfin 6° les « juges administratifs ».

³¹ RAÏSSAC Guy, *Les controverses relatives à la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1937), p. 104.

Nonobstant les intransigeances de quelques-uns, il fut moins question de contester le Conseil d'État que d'en entériner l'existence en l'harmonisant avec le gouvernement représentatif. Au cours de cette période, une abondante littérature se constitua par le truchement de laquelle le contentieux administratif fut mis à la question, cessant d'être envisagé par quelques initiés. Tandis que ceux-ci ont cherché à le caractériser sans interroger son existence, les autres en ont discuté jusque dans son principe. C'est pourquoi, il convient de s'attarder quelque peu sur ce qui caractérise cette littérature qualifiée de *polémique*.

Section 2. – Les marchés de fournitures saisis au travers des controverses afférentes au Conseil d'État

64. **La littérature polémique sur le Conseil d'État.** – Les critiques dont le Conseil d'État fut l'objet vers la fin de la Restauration, se formalisèrent à travers une littérature polémique que nous pourrions dissocier d'une littérature administrative didactique, spécialement abordée dans le titre précédent. Cette littérature polémique n'a pas cherché à mettre en forme et divulguer un discours savant sur le droit administratif. Elle fut essentiellement revendicative et militante, lorsque la seconde fut méthodique et didactique. Leurs auteurs respectifs ont été animés d'un état d'esprit tout à fait différent. Ceux qui ont participé aux controverses ont manifesté à l'endroit de la doctrine administrative contemporaine une estime latitudinaire. Si en cherchant à persuader, ils n'ont pas manqué de s'en inspirer, ils ne se sont pas embarrassés d'une révérence trop contraignante qui les eût empêchés de donner suite à leurs idées. C'est pourquoi nous y trouvons une audace d'autant plus féconde que ces auteurs ont moins cherché à être pédagogues que persuasifs. C'est précisément ce que souligne un auteur à propos *Des tribunaux administratifs* de MACAREL (1828).

Ce n'est pas précisément en qualité de jurisconsulte que l'auteur a écrit cet ouvrage ; il ne se propose pas d'interpréter les lois administratives, de discuter et de décider les points de droit controversés et douteux [comme il s'y est pris dans ses *Éléments de jurisprudence administrative* (1818)].

C'est un publiciste qui développe une partie considérable de notre organisation sociale³².

Pour se convaincre de cette différence, il suffit de confronter – s'agissant de CORMENIN – son ouvrage sur le Conseil d'État (1818)³³ avec ses *Questions de droit administratif* (1822)³⁴. Cet auteur ne peut être lu de la même manière ici et là. À l'instar de SIREY ou MACAREL qui cumulent aussi ces deux dispositions, CORMENIN tantôt traite du contentieux administratif en vue de convaincre d'une thèse, tantôt l'envisage afin de le mieux faire comprendre. Il ne s'accorde pas la même liberté de ton selon qu'il s'adresse à tel ou tel lectorat – l'un y cherchant des arguments pour débattre de la juridiction administrative ; l'autre s'évertuant à en saisir les arcanes. Cela est assez explicite si nous examinons les développements relatifs aux marchés de

³² FERRY [avocat], Recension *Des Tribunaux administratifs* de MACAREL, in *Thémis* 1829, IX, p. 410.

³³ Quoique malheureusement il ne s'en justifie pas, Paul BASTID affirme que cet ouvrage a été « rédigé à la demande de M. de SERRE, alors président de la Chambre et sur le point de devenir garde des Sceaux ». « Il répond à une actualité politique immédiate, puisqu'il s'efforce de justifier une institution menacée dans son existence même par les principes qu'avait laissés contre lui chez beaucoup de royalistes le Conseil d'État de NAPOLEON » (*Un juriste pamphlétaire : CORMENIN, précurseur et constituant de 1848*, Paris, Hachette, 1948, p. 42). Cette édition fut en majeure partie détruite, comme nous l'indiquent une mention manuscrite apposée sur l'exemplaire consultable à la Bibliothèque nationale de France. Cela ne marque que trop bien son aspect polémique.

³⁴ Cela est particulièrement vrai si nous nous rapportons à la troisième édition (1826) et aux suivantes, dont la méthode d'exposition se fait plus systématique, en même temps qu'elle se destine plus manifestement aux praticiens.

l'administration qu'il introduisit dans son *Du Conseil d'État* et ses *Questions de droit administratif*³⁵. Ce n'est pas que CORMENIN se fasse simple et aride divulgateur dans le second ouvrage. Se faire pédagogue implique d'organiser des idées suivant une certaine représentation des choses, étant admis qu'aucune n'est plus évidente qu'une autre. Nonobstant, il se fait d'autant plus incisif dans le premier qu'il s'adresse à des lecteurs dont il suppose une disposition d'esprit idoine. En même temps qu'il est moins exhaustif, il est plus pénétrant. Il ne cherche pas à tout dire, mais à bien dire en mettant en exergue des vues personnelles. En mêlant à des considérations proprement juridiques d'autres de nature différente, il s'est évertué à persuader de l'intelligence de ses propos ; à convaincre d'une thèse, confrontée à plusieurs autres concurrentes. Certes, cette littérature polémique est conjoncturelle et hétéroclite³⁶. Pourtant, les ouvrages qui s'y rapportent n'en sont pas moins riches de véritables conceptions doctrinales. De sorte qu'il serait malaisé de dissocier trop catégoriquement cette littérature polémique de celle que nous nommions plus haut de didactique. Elles ne constituent pas deux corpus discursifs parallèles et distincts. Nous admettons sans contredit que cette dichotomie a quelque chose d'artificiel. Celle-ci n'a en fait d'intérêt qu'autant qu'elle permet de dresser un ordonnancement provisoire. Si elle ne doit pas nous abuser outre mesure, elle n'en sera pas moins utile pour faire comprendre les raisons qui ont conduit certains contemporains à *penser* les marchés de l'administration en des termes inédits.

- 65. La discussion des marchés de fournitures au travers des controverses sur le contentieux administratif.** – Ces précisions liminaires indiquent que les ouvrages étudiés dans ce chapitre le seront sous un point de vue spécifique. Nous nous garderons par ailleurs de les aborder comme si les sciences juridiques étaient susceptibles d'un progrès par lequel la doctrine se fût enrichie. Cette inclination a ceci de vicieux qu'en plus de ne rien expliquer, elle mésinterprète la doctrine en se donnant une hypothèse toute faite – le *progrès* –, au lieu d'apprécier les

³⁵ Cela est particulièrement vrai à partir de la troisième édition (1826) de cet ouvrage. Pour les deux premières éditions, la forme et le fond du chapitre relatif aux marchés sont identiques à celui inséré dans son ouvrage sur le Conseil d'État. *Du Conseil d'État*. Joseph-Sébastien BOULATIGNIER, les deux premières éditions sont « un recueil de dissertation sur des questions de droit administratif, que l'auteur, maître des requêtes au conseil d'État avait eu l'occasion de débattre dans des rapports faits à ce conseil. (...) Depuis, M. de CORMENIN, tout en conservant le titre de son livre, en a complètement changé l'objet et le contenu. Dans l'édition publiée en 1826, au lieu de dissertations sur divers points du droit administratif, M. de CORMENIN a présenté le résumé de la jurisprudence du conseil d'État (compétente et fond de la matière) sur les principales branches du contentieux, d'après une méthode de déduction logique que M. MACAREL avait essayée dans un chapitre de ses *Éléments de jurisprudence*. De substantielles et lumineuses discussions sont jetées dans les notes. Enfin M. de CORMENIN fait précéder chaque matière de la nomenclature des lois, décrets, ordonnances et avis du conseil d'État qui s'y rapportent ; chacun de ces chapitres est suivi d'une sorte de bibliographie du sujet. Ainsi refait, l'ouvrage, quoique ne justifiant plus son titre, eut un immense succès » (« De l'origine, des progrès et de l'enseignement du droit administratif en France », in R.E.L.E. 1839, VI, p. 83-84).

³⁶ CORMENIN nous donne une idée de leur richesse en en faisant la recension. Cf. à cet égard la cinquième et dernière édition de ses *Questions de droit administratif*, parue sous le titre : *Droit administratif* (Paris, Thorel, 1840 (2 vol.), t. 1, p. 216).

préoccupations doctrinales des auteurs pour expliciter les ressorts de leurs doctrines. Notre point de vue nous fera mieux voir comment et pourquoi, ceux qui ont contribué à cette littérature polémique sur le Conseil d'État, ont posé la question des marchés de fournitures en des termes inédits. Tandis qu'ils ont été l'une des attributions contentieuses du Conseil d'État les plus disputées, les controverses ont été riches de confrontations sur la manière de les appréhender. Chacune des acceptions défendues se sont déployées autour d'une certaine conception du contentieux administratif, propre à infirmer ou à justifier la juridiction contentieuse du Conseil d'État. Si en d'autres circonstances les auteurs auraient probablement été indifférents à l'égard des marchés de fournitures, ceux-ci ont permis d'incarner le contentieux administratif et, par son biais, de saisir le Conseil d'État. Certes, la définition du contentieux administratif ne fut pas une question totalement nouvelle. Le baron LOCÉ DE ROISSY l'a abordée dans les premières années du XIX^e siècle, en publiant un ouvrage spécialement consacré au Conseil d'État³⁷. Cependant, il n'y fut pas tant porté par cette ambition de le défendre, que de le faire connaître en employant la connaissance qu'il en avait (il fut son secrétaire de sa création en 1799, jusqu'en 1815). En cessant d'être le fait d'auteurs isolés, motivés par une démarche savante³⁸, les appréciations portées sur le contentieux administratif prirent un atour singulier, plus saillant.

- 66. Trois conceptions en concurrence pour appréhender la juridiction contentieuse du Conseil d'État.** – Trois thèses, essentiellement, se sont affrontées au sujet de la juridiction contentieuse du Conseil d'État³⁹. Selon d'aucuns, celui-ci était illégitime à connaître d'aucun procès ; la nature de cette institution était foncièrement rétive à ce que l'on pût y introduire les garanties associées à toute véritable magistrature. Si bien que les contentieux auxquels l'administration était

³⁷ LOCÉ Jean-Guillaume (DE ROISSY), *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caractère de ses actes*, Paris, Garnery, 1810, p. 178 *sq.* Cet auteur y entreprend une définition du contentieux administratif qui reçut une large audience – puisque recueillie par Jean-Baptiste SIREY (*Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de Droit public, depuis l'avènement de Napoléon*, Paris, Au Quai de l'Horloge, 1809, t. 9, II-169 *sq.*) ou Mathias SIMON (*Manuel des conseils de préfecture, ou répertoire analytique des Lois, Arrêts du Gouvernement, Décrets impériaux, Avis interprétatifs du Conseil d'état, relatifs à la justice administrative du ressort des Conseils de préfecture, et Arrêts de la Cour de cassation relatifs au système d'application des lois rendues sur les attributions de ces mêmes corps ; précédé d'un aperçu des actes des Constitutions, contenant le tableau et l'hierarchie des Grandes Autorités de l'Empire, et les principes constitutionnels sur la formation de la Loi et l'exercice des Droits politiques*, Coblenz, Heriot, 1810-1812 (3 vol.), t. 1, p. 121 *sq.*). C'est une définition similaire que propose le secrétaire général du Conseil d'État, Claude HOCHET (*Du Conseil d'État tel qu'il existait sous Napoléon BONAPARTE*, Paris, s. l., [1814-1815], p. 10).

³⁸ Le baron LOCÉ entreprend cette définition en présentant le Conseil d'État, tandis que le président HENRION DE PANSEY s'y prend à l'occasion d'une étude consacrée à la juridiction judiciaire (*De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, Barrois père, 1810 (1^{re} éd.), p. 298 *sq.*).

³⁹ Cf. à cet égard les travaux du professeur CHEVALLIER : *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, L.G.D.J., 1970 (thèse de doctorat, faculté de droit de Paris), p. 95 *sq.*

intéressée, devaient ressortir aux tribunaux⁴⁰. Pour d'autres, cette compétence du Conseil d'État était nécessaire au pouvoir exécutif afin qu'il pût s'assurer de la marche régulière de l'administration ; si une autorité tierce était autorisée à s'interposer, elle perturberait l'ordre des attributions qui reconnaît le roi comme chef suprême de l'administration⁴¹. La procédure contentieuse n'était rien d'autre qu'un aménagement introduit à la faveur des administrés, sans que cela ne puisse jamais modifier la nature administrative de cette attribution – nullement juridictionnelle. D'autres, enfin, estimèrent que cette compétence devait effectivement être soustraite aux tribunaux, sauf à être confiée à une institution indépendante de l'administration, érigée en un véritable tribunal administratif⁴². À l'occasion de ces controverses⁴³, les marchés de fournitures ont suscité de vives indignations – eu égard aux apparences qui les rapprochaient irrésistiblement des contrats passés entre particuliers et qui, de ce fait, se présentaient comme un exemple clivant. Cependant, ils furent saisis différemment selon la thèse à laquelle ils furent attirés. Les partisans de la deuxième s'y attardèrent fort peu ; les marchés de fournitures se prêtaient mal à en caractériser la pertinence. En revanche, les partisans des deux autres thèses les considèrent avec beaucoup plus d'attention. Selon la manière dont ils furent appréhendés, ils servirent ou bien à la négation du contentieux administratif, ou bien à sa promotion. C'est à

⁴⁰ Telle est par exemple l'opinion de : BÉRENGER (*De la justice criminelle en France, d'après les lois permanentes, les lois d'exception et les doctrines des tribunaux*, 1818) ; DAUNOU (*Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, 1819) ; LANJUINAIS (*Constitutions de la nation française, avec un essai de traité historique et politique sur la Charte*, 1819) ; LEMERCIER (*Du système administratif en France*, 1819) ; EYRAUD (*De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire*, 1824) ; LE GRAVEREND (*Des lacunes et des besoins de la législation française, en matière politique et en matière criminelle*, 1824) ; DUVERGIER DE HAURANNE (*De l'ordre légal en France et des abus d'autorité*, 1826-1828) ; BAVOUX (*Des conflits, ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, 1828). Cette thèse est encore défendue sous la Monarchie de Juillet, par BAVOUX (*Conseil d'État, Conseil royal, Chambre des Pairs, vénalité des charges, duel et peine de mort*, 1838) ou COLOMBEL (*De la juridiction administrative en France*, 1840).

⁴¹ HENRION DE PANSEY en fut sûrement le promoteur le plus brillant (*De l'autorité judiciaire en France*, 1827 (3^e éd.), 2 vol.). Le conseiller d'État DELAMALLE défendit la même opinion en publiant dans *Le publiciste* trois articles sous le pseudonyme TRUEMAN, et dans lesquels il y critique l'ouvrage de SIREY sur le Conseil d'État (« Du jugement du contentieux de l'administration par le Roi et son conseil d'État », 1818, I, p. 535, 577 & 638 ; ces articles développent une brochure publiée sous anonymat (1818) ; c'est CORMENIN qui en attribue la paternité à DELAMALLE : cf. *Droit administratif*, op. cit., t. 1 (1840), p. 216).

⁴² Telle est par exemple l'opinion de : CORMENIN (*Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction sous la monarchie constitutionnelle*, 1818) ; SIREY (*Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle*, 1818) ; HUET DE COËTLISAN (*De l'organisation de la puissance civile dans l'intérêt monarchique*, 1820) ; ISAMBERT (« Des arrêts du Conseil », en préface au *Recueil complet des lois et ordonnances du royaume* (année 1821), 1822) ; MACAREL (*Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, 1828) ; MONGALVY (*Du Conseil d'État mis en harmonie avec les principes de la Charte constitutionnelle*, 1828) ; HENRION DE PANSEY (*Un mot sur le contentieux du Conseil d'État*, 1830 ; dans cette publication posthume, l'auteur abandonne son ancienne doctrine pour se rallier à celle du vicomte CORMENIN qu'il cite d'ailleurs comme un « jurisconsulte d'un mérite éminent »).

⁴³ Nous avons négligé ici de mentionner les opinions parlementaires, tant elles sont pléthoriques. MACAREL a colligé les principales d'entre celles émises depuis 1817 (*Des tribunaux administratifs...*, op. cit. (1828), p. 366 sq.). Cf. en outre : CHAUVEAU Adolphe, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Cotillon, 1841-1844 (3 vol.), t. 1, p. xxvii.

Les marchés de fournitures de l'État saisis par les controverses sur le Conseil d'État

présenter la première des trois thèses que nous nous apprêtons – c'est-à-dire celle portée à contester l'existence même d'un contentieux administratif.

Chapitre 2

Judiciariser les marchés de fournitures : une négation du contentieux administratif

67. Dans un premier temps, les marchés de fournitures furent tolérés parmi les attributions du Conseil d'État. Sans esprit de système, ils y furent attachés par un argument d'appoint qui atteste que les contemporains appréhendaient sans difficulté ces marchés comme des contrats (**section 1**). Dans un second temps – avec la reprise des critiques vers la fin des années 1820 –, les marchés de fournitures furent employés à justifier une négation du contentieux administratif. Leur nature contractuelle fut à peine appuyée, tant elle était évidente – donc admise. Cette critique dut son succès à la représentation qu'elle supposait de l'administration ; celle d'une institution régulée par sa soumission au Droit (sous-entendu le droit privé) (**section 2**).

Section première. – Marchés de fournitures et contentieux administratif : un rapprochement toléré

68. **De la négation du Conseil d'État comme tribunal, au compromis de la compétence arbitrale pour les marchés de fournitures.** – Contesté lors de la discussion du budget⁴⁴, le Conseil d'État trouva un brillant procureur en la personne de Georges CUVIER⁴⁵, commissaire du roi⁴⁶. C'est – d'après cet orateur – une institution mise au service du gouvernement qui lui confie, entre autres choses, la délibération des affaires auxquelles l'examen par un seul serait inapproprié⁴⁷. Cela

⁴⁴ Le Conseil d'État fut critiqué aussi souvent que les débats parlementaires s'y prêtaient – à l'occasion des projets de loi, tels que celui discuté et rejeté sur la Cour des comptes (1815), ou celui qui devint la loi électorale du 5 février 1817. Il le fut encore par le biais des pétitions déposées auprès de la Chambre des députés par des citoyens.

⁴⁵ Au sujet de Georges CUVIER (1769-1832), voir la notice biographique dont il fait l'objet dans le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004), ainsi que cet article d'Henry PUGNET : « CUVIER au Conseil d'État » (*in* R.P.P. 1932, CLII, p. 300).

⁴⁶ Le commissaire du roi désigne dans ce contexte celui qui est nommé pour défendre un projet de loi devant les chambres parlementaires. À ne pas confondre avec les commissaires du roi près le Conseil d'État, lesquels font fonction de ministère public aux termes des ordonnances des 2 février et 12 mars 1831 qui les instituèrent (plus tard appelés commissaires du gouvernement puis, à partir de 2009, rapporteur public).

⁴⁷ « Le nombre des affaires qui sont traitées annuellement au conseil d'État est de plus de dix mille ; il est bien clair que le ministère général ne pourrait pas s'en occuper, et que chaque ministre en particulier ne pourrait en prendre une connaissance approfondie. Il résulterait donc de là que si le conseil d'État n'existait pas, ces affaires seraient à peu près décidées par les employés des bureaux. (...) En un mot c'est un instrument que le ministère général emploie pour ramener tous les ministres particuliers à l'unité de marche et de principes qui est extrêmement nécessaires. Il serait impossible que l'unité s'établît même

n'est pas sans faire écho à l'aphorisme de ROEDERER : « *Administrer doit être le fait d'un seul, et juger, le fait de plusieurs* »⁴⁸. Selon ces vues, le Conseil d'État de la Restauration est foncièrement différent de son homologue impérial : sa nature ne se prête pas à ce qu'il fût un tribunal. La procédure judiciaire suivie devant la commission du contentieux n'est rien de plus qu'une commodité offerte aux plaideurs. C'est pourquoi Georges CUVIER s'éleva vigoureusement contre ceux qui mésinterprétèrent ces concessions procédurales – d'ordre tout pragmatique – pour inférer du Conseil d'État un statut qui ne fût pas le sien. « *Le Conseil d'État est un moyen qui a été offert [aux citoyens] pour venir présenter et faire valoir les divers intérêts qu'ils ont dans ces affaires, non pas devant la justice, parce qu'elles dépendent entièrement du gouvernement, mais devant l'équité* »⁴⁹. D'après cette conception, le contentieux des marchés de l'administration est une espèce de curiosité. En cette occasion, le Conseil d'État se prononce sur des droits acquis – nul n'en disconvient, ni même Georges CUVIER⁵⁰. Ces contentions sont reconnues comme de nature judiciaire, étant entendu que les parties litigantes sont liées entre elles par un contrat. Le commissaire du roi souleva cependant l'importunité qu'il y eût à les attribuer aux tribunaux – tant dans l'intérêt des fournisseurs que dans celui du Gouvernement.

C'est (...) une chose accidentelle qui ne tient pas à l'essence du système administratif, qui pourrait lui être enlevée sans lui faire tort comme gouvernement ; mais je crois qu'économiquement parlant, on lui en ferait beaucoup, et que les fournisseurs eux-mêmes ne trouveraient pas toujours leur avantage à suivre tous les degrés de la juridiction ordinaire⁵¹.

Par ailleurs, cette attribution pouvait se justifier parce que le fournisseur y consentait expressément en souscrivant aux clauses du marché. De ce point de vue, la compétence administrative est l'effet d'un compromis intelligent et le Conseil d'État n'exerce par ce biais qu'une juridiction arbitrale⁵², tout à fait accessoire – voire anecdotique – en considération de ses autres attributions. Georges CUVIER regretta

dans chaque ministère s'il n'y avait pas un corps qui en fût le gardien » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, op. cit., t. 24 (1873), p. 618-619 ; Chambre des députés, séance du 27 mai 1819). En somme, le Conseil d'État est présenté comme un vecteur de l'unité gouvernementale, lors même que ce principe du régime parlementaire est encore mal assis et controversé. Cf. LAQUIÈZE Alain, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, P.U.F., 2002 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas) & GARRIGUES Jean (dir.), *Histoire du Parlement de 1789 à nos jours*, Paris, Colin, 2007.

⁴⁸ Cette citation est tirée des motifs de ce qui devint la loi du 28 pluviôse an VIII (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, op. cit., t. 1^{er} (1862), p. 169 ; Corps législatif, 18 pluviôse an VIII.

⁴⁹ *Id.*, t. 24 (1873), p. 619 (Chambre des députés, séance du 27 mai 1819).

⁵⁰ « *Ces formes [judiciaires] n'ont été adoptées à la sommité de votre système administratif que dans l'intérêt des citoyens ; (...) mais elles n'ont point été établies du tout pour faire du conseil d'État un tribunal. En effet, si vous exceptez deux points [les domaines nationaux et les marchés de l'administration], qui sont véritablement judiciaires, dans lesquelles on décide des droits acquis, toutes les autres matières soumises au conseil d'État son entièrement étrangères aux droits acquis ; elles ne sont nullement judiciaires* » (*ibid.*).

⁵¹ *Ibid.*

⁵² « *Il n'y a pas tout à fait un abus. Le contractant qui s'engage à faire une fourniture au gouvernement consigne dans son traité l'obligation de se soumettre à cette juridiction arbitrale, si vous voulez* » (*ibid.*).

celles des critiques qui en insistant sur ce point, lui paraissaient déplacées, voire inconséquentes. Elles portent sur une question de détails qui trouve, au demeurant, une justification pratique sans blesser aucun principe. En bref, elles manquent l'essentiel – le Conseil d'État est un conseil auprès du gouvernement dont l'existence n'altère pas l'indépendance de l'autorité judiciaire.

69. Ce plaidoyer est intéressant car, sans y prêter beaucoup d'attention tant cette question lui paraît insignifiante, Georges CUVIER entérine à propos des marchés de fournitures une conception assez courante (quoique disputée). Tandis qu'il est avant tout soucieux de légitimer le Conseil d'État au regard de la Charte, il emprunte une opinion diffuse suivant laquelle la compétence administrative (pour ces marchés) ne reposerait sur d'autre principe que celui de la liberté contractuelle – par le choix que font les parties de soumettre, par le jeu d'une clause compromissoire, leurs différends au Conseil d'État. Pourtant, certains administrativistes s'y sont opposés, tel Louis-Antoine MACAREL en 1818 :

Toutes les difficultés qui peuvent s'élever entre l'administration et les fournisseurs (...) sont de la compétence administrative. Contentieux ou non, tout obstacle y doit être tranché par l'administration. L'intérêt de l'état a établi cette loi. Cependant il est des jurisconsultes qui soutiennent que, pour que les fournisseurs fussent justiciables de l'autorité administrative, il faudrait que la réserve de sa juridiction fût explicitement insérée dans les clauses du marché. Mais comme il y a des lois et des décrets rendus publics qui ont établi, dans ce cas, la compétence de l'administration, les particuliers qui ne peuvent prétexter l'ignorance des lois, sont légalement avertis, et ne peuvent se plaindre d'être gouvernés par une juridiction qu'ils ont eux-mêmes consentie⁵³.

Nous n'avons trouvé aucun auteur qui ait expressément incliné en faveur de cette thèse que critique Louis-Antoine MACAREL. Cependant, il est vraisemblable qu'elle ait été concomitante à la Restauration. Elle pourrait résulter de la gêne qu'il pût y avoir à se référer à un texte impérial qui, de surcroît, avait consacré cette justice administrative tant décriée. Le décret du 11 juin 1806 confia au Conseil d'État le soin de trancher en dernier ressort les litiges ayant traits aux marchés de fournitures (article 14)⁵⁴. En adhérant à cette thèse, Georges CUVIER – qui défend la même idée

⁵³ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues, par le Conseil d'État, en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818 (2 vol.), t. 2, p. 192 (v^o Marchés et fournitures).

⁵⁴ Sous l'Empire, le baron LOCRIÉ a relevé la portée décisive de cette disposition conférant au Conseil d'État une véritable attribution contentieuse : « À l'égard des marchés pour fournitures, faits avec les Ministres, ils n'étaient du ressort de la justice administrative que parce que, dans le contrat, le traitant se soumettait à être jugé administrativement, et comme ce compromis était inséré dans tous les marchés, il en résultait que toutes les affaires de cette espèce tombaient dans le contentieux de l'Administration. Le décret du 11 juin 1806 a érigé en droit ce qui existait déjà universellement dans le fait : maintenant les marchés appartiennent au contentieux de l'Administration par leur nature et par l'effet d'une disposition générale » (*Du Conseil d'État, op. cit.* (1810), p. 182-183).

quelques années plus tard⁵⁵ – concilie cette compétence avec l'autonomie de l'autorité judiciaire vis-à-vis de pouvoir administratif. Il nie incidemment le principe d'une justice administrative afin de mieux faire accepter quelques-unes de ses manifestations.

- 70. La compétence arbitrale du Conseil d'État : une option pragmatique.** – Sous l'Empire, des auteurs comme Charles BONNIN se sont inspirés de l'architecture de l'administration pour justifier la juridiction contentieuse du Conseil d'État. En cédant sur le plan des principes pour se mouvoir sur celui du pragmatisme, les tenants de la thèse défendue par Georges CUVIER ont recouru à des arguments qui, en ménageant en soi la séparation des pouvoirs telle qu'elle était envisagée, y aménagèrent une entorse justifiée par la commodité. Célérité du jugement, simplicité de la procédure – à quoi s'ajoute une possibilité limitée de recours⁵⁶. Ce sont, en somme, des arguments qui militent en faveur d'une *économie procédurale*. Arguments qui peuvent s'interpréter comme une manifestation des préoccupations gestionnaires qui animaient alors les contemporains⁵⁷. Parce que le Conseil d'État de la Restauration ne se prêtait plus aux mêmes fonctions que celles qu'il assumait sous l'Empire, cet orateur éluda un texte napoléonien qui, s'il eût servi de justification, aurait attiré le discrédit. Aussi, la compétence du Conseil d'État pour les marchés de fournitures fut-elle justifiée comme une exception admise pour les avantages pratiques qui y étaient attachés⁵⁸. Le décret du 11 juin 1806 – qui, avec celui du 22 juillet 1806, a fondé la justice administrative napoléonienne – est passé sous silence afin de ménager des nouveaux compromis par lesquels le Conseil d'État pût conserver certaines de ses attributions contentieuses. Si ces justifications ont sacrifié ce que les précédentes avaient de

⁵⁵ « Le Conseil d'État n'est point un tribunal comme on affecte sans cesse de vous le dire. (...) Deux exceptions seulement ont lieu à cette règle et semblent donner au Conseil d'État une apparence judiciaire : les affaires des domaines nationaux et les décomptes des fournisseurs ; mais le fournisseur dans son marché se soumet à son arbitrage » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 32 (1876), p. 42 ; Chambre des députés, séance du 7 juin 1821).

⁵⁶ Pour cause, les marchés de fournitures passés directement par le gouvernement sont jugés par le ministre intéressé, puis par le Conseil d'État en dernier ressort, tandis que ceux passés par les préfets sont justiciables des conseils de préfecture, sur appel du Conseil d'État (et ce depuis un arrêt du Conseil d'État en date du 27 mai 1816 – cf. à cet égard les *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL (*op. cit.*, t. 2 (1818), p. 193 et 200 (v^o Marchés et fournitures)).

⁵⁷ Nous pensons en particulier à l'article du professeur GUGLIELMI : « L'émergence d'une rationalité gestionnaire dans les théories du droit administratif au début du XIX^e siècle », in [collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques : élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX^e siècle (1815-1914)*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2010, p. 253.

⁵⁸ Quoi qu'il défende une doctrine différente, HENRION DE PANSEY se place sur le même plan, ainsi que nous nous en justifierons plus bas. Ce n'est pas tant les principes du droit public que les bénéfices induits dans la marche administrative qui justifient – selon cet auteur – la prévalence de la compétence administrative sur la compétence judiciaire. C'est résolument une démarche pragmatique qui emportent les auteurs favorables à cette exception – depuis CUVIER jusqu'à HENRION DE PANSEY, en passant par d'autres dont ce trait est peut-être moins saillant, tels CORMENIN ou SIREY.

systématiques, elles reflètent une certaine conception sur la justice administrative, éclatée par des enjeux qui ne se prêtaient pas à en faire admettre le principe.

71. Sous l'Empire, les administrativistes ont peu parlé des contrats de l'administration – mais ne fût-ce qu'avec parcimonie, ils n'en ont pas moins traités. Ils ont explicité la compétence administrative depuis un point de vue qui distinguait assez peu les espèces de contentieux. Si LOCRÉ et BONNIN ont évoqué les marchés de fournitures, ils y ont été conduits pour souligner les contours du contentieux administratif. Ce ne fut rien de plus qu'un exemple pour le caractériser. Ces auteurs n'ont pas eu l'ambition de singulariser un contentieux administratif *contractuel*. Autre temps, autres mœurs. Leur démarche fut d'explicitier le contentieux administratif en offrant les moyens de le désigner clairement. Ceux qui, sous la Restauration, furent portés à le définir, y ont été conduits pour le conserver dans sa substance, c'est-à-dire plus prosaïquement pour le préserver en chacune de ses parties. Ses partisans ont assez peu cherché à le justifier dans son principe. Au moins pour des raisons tenant à leur stratégie démonstrative, ils ont préféré l'envisager chapitre par chapitre. Critiqué en bloc, il fut sauvé au détail. Aussi le contentieux des marchés de fournitures trouve-t-il sa justification en lui-même, plutôt qu'il n'est présenté comme une expression d'un contentieux administratif. Les conceptions d'ensemble sont assez rares et procèdent surtout d'ouvrages non-polémiques – comme celui du président HENRION DE PANSEY⁵⁹. Pour en faire admettre la réalité, Georges CUVIER – et d'autres avec lui⁶⁰ – le présente comme une somme de concessions intelligentes dont toutes sont justifiées d'après l'objet auquel elles se rapportent⁶¹. Ce dernier n'a pas été plus attentif que ses prédécesseurs aux contrats de l'administration – et singulièrement à son contentieux. Seulement, le contentieux administratif fut conçu différemment,

⁵⁹ Cf. HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois père, 1818 (2^e éd.), p. 460 *sq.* ; et du même auteur : *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois père, 1827 (3^e éd., 2 vol.), t. 2, p. 314.

⁶⁰ Cf. par exemple le député HÉLY D'OISSEL, rapporteur de la commission chargée de l'examen de la proposition de LA ROCHEFOUCAULD, tendant à régler les attributions du Conseil d'État (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 55 (1884), p. 365 *sq.* ; Chambre des députés, séance du 26 juin 1828). « On ne voit (...) pas pour quelle raison le gouvernement ne serait pas lui-même justiciable des tribunaux, toutes les fois qu'il n'intervient que comme partie intéressée dans la contestation, et toutes les fois que le jugement ne doit intéresser l'administration que sous le rapport pécuniaire. (...) Nous avons pensé que c'est à l'administration qui a ordonné les travaux et les fournitures qu'il appartient de faire la liquidation des sommes dues aux entrepreneurs et fournisseurs ; mais que, si ces derniers ne sont pas satisfaits de ce règlement, on ne saurait équitablement leur dénier le droit d'exercer un recours devant l'autorité judiciaire, sauf toutefois les cas où, par des conventions expresses et licites, les parties auraient d'avance stipulé pour le jugement des contestations qui pourraient s'élever entre elles » (p. 371).

⁶¹ À côté des marchés de fournitures, Georges CUVIER justifiait de la même façon la compétence administrative pour le contentieux des domaines nationaux. En l'occurrence par son caractère politique. « N'est-ce pas dans l'intérêt des acquéreurs que [le] jugement [pour l'explication des contrats de vente des domaines nationaux] a été réservé au corps administratif ? C'est une mesure politique qui a été prise, parce qu'il était impossible de faire exécuter les ventes des domaines nationaux, si on n'avait pas eu recours à ce moyen » (*id.*, t. 24 (1873), p. 619 ; Chambre des députés, séance du 27 mai 1819).

dans le sens d'une fragmentation. De cette dispersion qui s'explique par le souci de désamorcer les critiques adressées au Conseil d'État, le contentieux contractuel se fit voir avec plus d'acuité et devint l'objet de réflexions propres. C'est pourquoi les marchés de fournitures furent appréhendés isolément. Ceci, à rebours des administrativistes qui, sous l'Empire, se sont attachés à saisir l'acte d'administration duquel procédait le contentieux administratif. Une telle approche fut – semble-t-il – admise sans trop de difficultés car, au début des années 1820, les critiques portaient marginalement sur les attributions contentieuses du Conseil d'État. Tandis qu'à la fin des années 1820 les débats se déportèrent exclusivement sur ces dernières, cette justification perdit de sa pertinence – et de son efficacité. Considérés comme ils l'étaient, les marchés de fournitures furent employés par quelques-uns pour infirmer l'existence même d'un contentieux administratif.

Section 2. – Une critique du contentieux contractuel employée à dénoncer l'existence d'un contentieux administratif

72. Le contentieux contractuel : un contentieux en butte aux critiques afférentes

au contentieux administratif. – Tandis qu'en 1827 les controverses sur le Conseil d'État reprirent avec une nouvelle vigueur, le député MÉCHIN avisait ses collègues que « *le contentieux le plus nombreux et le plus compliqué est maintenant celui qui résulte de l'exécution des marchés avec le gouvernement et des liquidations* »⁶². En glissant d'un terrain à un autre, de celui de la constitutionnalité du Conseil d'État vers la légalité de sa compétence juridictionnelle, les débats parlementaires mirent un peu plus les marchés de l'administration au centre des débats. Générant au profit des fournisseurs des droits acquis, ces contrats ont été présentés comme l'illustration de ce que la justice administrative pouvait avoir – selon d'aucuns – de plus iniques. Au début des années 1820, c'est l'existence même du Conseil d'État qui est débattue. Les discussions sur sa juridiction contentieuse sont mêlées à celles qui embrassent ses autres fonctions. En portant exclusivement sur la première d'entre elles, les critiques développées à partir de 1827 se firent plus précises et autrement incisives. Elles s'appuyèrent en particulier sur une réflexion libérale de la distribution des pouvoirs et du pouvoir administratif⁶³. Affilié aux doctrinaires – royalistes libéraux attachés à concilier la monarchie avec une certaine idée de la Révolution française, épurée de la période conventionnelle⁶⁴ –, Victor de BROGLIE a été un fervent procureur des contempteurs du contentieux administratif :

À parler en toute rigueur, il n'y a en ceci [le contentieux administratif] rien de *contentieux*, ni rien non plus d'*administratif*.

Il n'y a rien de *contentieux*, car qui se borne à exposer ses griefs, à faire valoir son intérêt, en priant qu'on y ait égard, s'il y a lieu, n'engage aucune contestation véritable.

Il n'y a rien d'*administratif*, car les actes qui donnent naissance aux réclamations dont il s'agit ne sont point rendus par le gouvernement à titre d'administration proprement dite, mais à titre de substitut, d'auxiliaire du législateur. L'administration, en tant qu'administration, traite d'égal à égal, de gré à gré avec les citoyens, et non de puissance à sujet ; c'est là sa nature ; et les contestations qui peuvent s'élever à l'occasion de leurs transactions, de

⁶² *Id.*, t. 52 (1883), p. 39 (Chambre des députés, séance du 15 mai 1827).

⁶³ Cf. par exemple le duc Victor de BROGLIE, dans son article précité : le gouvernement « *comparaît tour à tour, tantôt comme personne privée, comme simple administrateur des affaires du pays ; tantôt comme tuteur de certains établissements, tels que les communes, les hospices, les fabriques ; tantôt comme législateur qui règle, proprio motu, des intérêts en souffrance ; tantôt comme législateur encore, mais provoqué et mis en demeure par ces mêmes intérêts ; tantôt comme pouvoir exécutif qui contraint à l'exécution de ses propres commandemens les citoyens indociles qui ne réclament ni n'obéissent ; tantôt enfin comme législateur qui révisé et réexamine ses propres actes d'après les réclamations qu'ils ont fait naître* » (« Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 121).

⁶⁴ À propos des doctrinaires, cf. l'ouvrage d'Aurelian CRAIUTU – professeur de sciences politiques à Bloomington (université de l'Indiana) : *Le centre introuvable : la pensée politique des doctrinaires sous la Restauration* (Paris, Plon, 2003), ainsi que cet article du professeur CHEVALLIER : « La pensée politique des doctrinaires de la Restauration » (in *E.D.C.E.* 1964, p. 13). Pour une étude plus synthétique et problématisée, cf. l'ouvrage M. JAUME : *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français* (*op. cit.* (1997), p. 119).

leurs conventions réciproques, régies par le droit commun, sont d'une nature purement judiciaire ; rien n'empêche et tout conseille de les renvoyer aux tribunaux⁶⁵.

Pour cet auteur, il n'y a de contentieux que judiciaire, et la juridiction de l'administration ne serait qu'être gracieuse. Elle cesse dès lors que s'élèvent des droits acquis, puisque les débats qu'ils font naître appellent nécessairement l'intervention du juge judiciaire, seul habilité à déclarer le Droit en départageant les droits. Il s'en explique, en dénonçant chemin faisant, « *les mauvaises doctrines* » enseignées par MACAREL et CORMENIN, « *estimables écrivains [qui] se sont (...) laissé prendre aux apparences extérieures* »⁶⁶.

Toute réclamation élevée contre un acte quelconque du gouvernement, *statuant de puissance à sujet* ; toute réclamation dont le but est d'obtenir, soit la révocation, soit la réformation d'un tel acte ; toute question en un mot, qui porte sur le mérite, sur la justice, sur l'opportunité d'une mesure prise par le gouvernement, *discrétionnairement* et dans la limite de ses pouvoirs, doit être portée devant le gouvernement lui-même.

Toute plainte, en revanche, qui se fonde sur les termes exprès d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'un arrêté, n'importe, toute question dont la solution se trouve d'avance écrite dans un texte, tellement que, les faits étant vérifiés, il ne reste plus qu'à voir ce que porte le texte invoqué, jusqu'à quel point il s'applique ou ne s'applique pas, est du ressort des tribunaux⁶⁷.

73. C'est une opinion similaire que répercute peu après l'avocat FICHES – contributeur occasionnel à la *Gazette des tribunaux* – en soulignant une opposition entre les actes d'autorité et les actes de gestion, les uns correspondant aux actes administratifs proprement dit, les autres à des actes du droit commun – essentiellement de nature conventionnelle.

Administrer, c'est (...) régler les intérêts, les protéger, les conserver pour l'utilité commune et particulière ; mais ce n'est pas *gérer*. La gestion est bornée, elle est restreinte aux choses, elle a pour objet un domaine limité et connu, elle consiste à faire des actes privés, (...) qui ne sauraient être rangés dans la catégorie des actes administratifs. Administration et gestion renferment des idées différentes, ont pour objet un ordre de choses également différent, et les actes qui en découlent ne peuvent, par conséquent, être assimilés entr'eux ; en un mot, il n'y a point de *contentieux administratif* dans la gestion. (...) L'*acte de gestion* n'est pas un *acte administration*, et *vice versa*. (...)

Dans tous [les actes de gestion], il n'y a rien d'administratif ; on y règle bien des intérêts, mais librement, par *convention*, tandis que, dans les actes administratifs, c'est par *autorité*, au nom de l'intérêt public. Dans les actes de gestion, ce sont des intérêts privés en lutte avec des intérêts privés ; il y a parfaite égalité dans les contractants, et s'il s'élève des contestations, il faut qu'un tiers les juge pour ne pas rompre l'égalité : autrement point de garantie, la partie est juge dans sa propre cause. C'est ici qu'on peut dire qu'il

⁶⁵ [BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 82-83.

⁶⁶ *Id.*, p. 90.

⁶⁷ *Id.*, p. 98-99.

y a jugement administratif, car interpréter des contrats, des conventions, c'est juger, dire droit (*judicare*)⁶⁸.

Ainsi se succède à la fin des années 1820 un certain nombre d'opinions qui, pour n'être pas toujours univoques, développent les assises théoriques d'une négation du contentieux administratif. Il ne s'agit plus, comme auparavant, de débattre sur l'interprétation de quelques dispositions de la Charte, mais plutôt de démontrer que cette espèce de justice n'a aucun vrai fondement. Aussi exotique au gouvernement représentatif que peut l'être le despotisme oriental, cette « *justice de cadi ou de pacha* »⁶⁹ est « *une idée malheureuse, une idée grossière, (...) une idée dont il ne saurait résulter autre chose qu'un compromis qui détruira le gouvernement représentatif ou dégradera la justice, selon le côté vers lequel on fera pencher la balance* »⁷⁰. C'est pourquoi, à notre sens, le contentieux administratif fut saisi sous un aspect inédit, car ses contempteurs dressèrent une dichotomie propre à réduire l'acte administratif à l'acte d'autorité, en accord avec une conception de l'administration où celle-ci ne tint ses prérogatives exorbitantes que de la Loi, pour être pleinement soumise au droit commun s'agissant de ses autres attributions.

74. **Une (dis)qualification du contentieux administratif suspendue à une appréhension controversée du contentieux contractuel.** – La plupart des administrativistes s'étaient souciés de faire voir les différentes espèces de juridiction exercées par l'administration – juridiction volontaire, gracieuse et contentieuse. Dans le sillage de LOCRÉ, HENRION DE PANSEY, CORMENIN et SIREY, MACAREL a parachevé ses travaux parus à la *Thémis* pour donner à cette doctrine un tour systématique – au travers de son ouvrage insigne : *Des tribunaux administratifs* (1828). Ces auteurs ont notamment porté leurs réflexions sur les fonctions administratives. C'est-à-dire sur la continuité des manifestations de l'action administrative, de sorte à pouvoir les appréhender sous un point de vue qui en soulignât la cohérence. En investissant l'action administrative sous tous ses aspects, ils ont été enclins à l'organiser entre une administration active et une administration juridictionnelle, lorsque d'autres préférèrent la réduire à des dimensions étroites, en y excluant toute idée de juridiction contentieuse. Les adversaires de la justice administrative déplacèrent quelque peu le cadre des interrogations, en insistant davantage encore sur l'acte administratif pour lui désigner un sens qui exclût toute idée de gestion. Ce n'est pas que l'acte administratif – ou l'acte d'administration – n'eût jamais été appréhendé par les administrativistes précédents⁷¹. Ces derniers en ont proposé quelques définitions,

⁶⁸ FICHES, *Du Conseil d'État et du contentieux administratif*, Paris, Renard, 1830, p. 24-25.

⁶⁹ [BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 61.

⁷⁰ *Id.*, p. 119.

⁷¹ Dans une thèse consacrée à *La formation théorique de l'acte administratif unilatéral*, le professeur GIRARD y écrit que « les définitions et descriptions [proposées par la doctrine administrative du XIX^e siècle] reflètent

assez sommaires il est vrai. Non pas parce qu'ils furent incapables d'en proposer aucune autre. La jurisprudence en avait indiqué une – avec l'arrêté du directoire du 2 germinal an V (22 mars 1797)⁷² – qui fut d'ailleurs largement assimilée. Seulement, l'acte et le contentieux administratifs n'ont pas été sous-tendus par des enjeux tels qu'ils fussent investis par des discours doctrinaux pénétrants. C'est parce que la justice administrative fut mise en cause sous la Restauration que l'acte administratif fit l'objet d'investigations plus consistantes. En proposer une définition, c'était développer plus en avant une certaine conception de l'administration qui en fût solidaire. Cela explique – suivant notre hypothèse – que les premières définitions se trouvent pour la plupart d'entre elles comprises dans des dictionnaires ou des répertoires⁷³, tandis que celles que nous étudions dans ce chapitre, sont le fruit d'ouvrages polémiques dont la démarche n'est pas tant didactique que celle d'en promouvoir une certaine conception – en concurrence avec d'autres. En somme, les réflexions qui se tinrent à la fin des années 1820 ont moins été l'effet d'un progrès quelconque de la science du droit que la manifestation d'une émulation intellectuelle. Les contemporains ont été tout à fait conscients des enjeux qui se sont formés autour des définitions du contentieux administratif et, subséquemment, de l'acte administratif. Cette interprétation nous permet de mieux saisir les évolutions

l'incapacité à penser l'acte administratif en lui-même » (Paris, Dalloz, 2013 (université Panthéon-Assas), p. 185). Nous doutons qu'un argument fondé sur un tel jugement de valeur puisse avoir une pertinence historique. Nous y voyons plutôt une difficulté à appréhender la doctrine administrative du XIX^e siècle. Le professeur GIRARD s'explique l'absence d'une définition étoffée de l'acte administratif, en rapprochant une opinion du professeur TOUZEIL-DIVINA, selon qui cette doctrine ne « *ressentait pas la mission* » d'élaborer des théories à l'instar de notre doctrine contemporaine, mais plutôt « *de décrire au mieux et positivement le droit sans chercher – surtout – à le critiquer* » (*La doctrine publiciste, 1800-1880 – Éléments de patristique administrative*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2009, p. 21 ; cité par GIRARD Anne-Laure, *La formation théorique de l'acte administratif*, *op. cit.* (2013), p. 15). Nous entendons bien que la doctrine administrative fut portée à saisir le droit positif – notamment parce qu'elle fut principalement le fait de praticiens. Il serait néanmoins regrettable d'en rester là. D'une part, cela reviendrait à mésinterpréter l'opinion du professeur TOUZEIL-DIVINA dont les travaux doctoraux ont précisément montré qu'il fallait se garder de couvrir les administrativistes du XIX^e siècle d'une estime dépréciative. Ils n'ont pas été de simples sismographes du Droit. Pour s'en convaincre, il faut dépasser la lecture de leurs ouvrages en se montrant sensible à ce qu'ont pu être leurs préoccupations doctrinales. D'autre part, le professeur GIRARD propose une raison performative – l'incurie des administrativistes. Elle clôt trop précipitamment les interrogations sans se donner pour hypothèse que les administrativistes aient pu être motivés par des desseins assez éloignés de ce qui caractérise aujourd'hui l'excellence doctrinale.

⁷² Arrêté du 5 germinal an V (25 mars 1797), in *Bulletin des lois* 1797 (115), n° 1098.

⁷³ Pour ne citer que les ouvrages qui lui consacrent spécialement une définition, nous pensons à ceux de DESORMEAUX (*Dictionnaire raisonné des matières de législation civile, criminelle, de finance et administrative*, 1802-1806, 10 vol.), – LOISEAU (*Dictionnaire des arrêts modernes*, 1809, 2 vol.), – SIREY (*Questions de droit administratif*, 1819 ; inachevé), – TOLLUIRE & LEFLO (*Nouvelle classification de la jurisprudence française*, 1820 ; inachevé), – RONDONNEAU (*Vocabulaire classique des étudiants en droit*, 1821), – TOLLUIRE & BOULET (*Ferrière moderne, ou nouveau dictionnaire des termes de droit et de pratique*, 1824, 2 vol.), – CRIVELLI (*Dictionnaire du droit civil, commercial, criminel, et de procédure civile et criminelle*, 1825), – PAILLET (*Dictionnaire universel de droit français*, 1825-1827, 5 vol. ; inachevé), – MERLIN DE DOUAI (*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 1827-1830 (5^e et dernière éd.), 18 vol.), – MERLIN DE DOUAI (*Recueil alphabétique des questions de droit*, 1827-1830 (4^e et dernière édition, 13 vol.).

successives qui se firent dans la manière d’appréhender les marchés de fournitures. Si, à partir de la Restauration, des auteurs comme Jean-Baptiste SIREY – pour ne citer que lui – analysèrent ces contrats comme un vecteur de l’action administrative, il ne douta jamais de leur nature contractuelle⁷⁴. Ces marchés sont des contrats synallagmatiques, comme l’admettent encore MACAREL⁷⁵ ou CORMENIN⁷⁶. Seulement, ces derniers ont souhaité souligner leur singularité pour les présenter comme coextensif du pouvoir administratif, lorsque le duc de BROGLIE s’est attaché à démontrer qu’ils devaient relever de la compétence judiciaire, en les confrontant à une définition de l’acte administratif dont ils fussent exclus. Il est malaisé de comprendre tout à fait ces essais doctrinaux sans considérer ce à quoi leurs auteurs ont réagi et ce pourquoi ils y ont été conduits.

75. Georges CUVIER pouvait – sans trop de difficultés – faire admettre au début des années 1820 que le contentieux des marchés était judiciaire, sauf à le confier au Conseil d’État comme arbitre⁷⁷. Or, depuis le début des années 1820, le Conseil d’État a infirmé cette thèse. Il s’est refusé à admettre que les parties à de telles conventions pussent recourir à l’arbitrage⁷⁸. Aussi la justification de la compétence du Conseil d’État en fut-elle compliquée. En excluant l’éventualité de l’arbitrage, la compétence adéquate ne pouvait plus qu’être indiquée par la nature des juridictions : soit la nature des marchés était employée à démontrer l’inexistence du contentieux

⁷⁴ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d’État selon la charte constitutionnelle, ou Notions sur la justice d’ordre politique et administratif*, Paris, Cour du Harlay, 1818, p. 231.

⁷⁵ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative...*, *op. cit.* (1818), t. 2, p. 191 (v^o Marchés et fournitures).

⁷⁶ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Ridler, 1822 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 317 (Marchés).

⁷⁷ Après Georges CUVIER au début des années 1820, le député de LA ROCHEFOUCAULD l’indique encore lorsqu’il synthétise les trois doctrines défendues sur l’organisation du Conseil d’État. À propos de celle-là, il écrit : « D’autres ont pensé que le conseil d’état ne devait être qu’une espèce de tribunal d’arbitres, comme s’il eût été consenti par les contrats et les marchés de toute nature passés avec l’administration, et qu’en restreignant dans ce sens ses attributions, on ne contreviendrait pas aux principes d’équité. Les motifs de cette seconde opinion sont fondés sur la crainte d’entraver l’administration, si l’on n’adoptait pas pour les causes qui la concernent, un tribunal spécial et expéditif ; et les formes qu’on regarde comme les plus expéditives sont celles de l’arbitrage » (« Développement de la proposition de M. le comte de LA ROCHEFOUCAULD (Gaëtan), tendant à régler les attributions du conseil d’état », *op. cit.* (1828), p. 11-12).

⁷⁸ Cf. une ordonnance rendue (au contentieux) le 17 novembre 1824, relativement à un traité de fournitures passé entre le munitionnaire OUVARD et le ministre de la guerre, lors de l’expédition d’Espagne. Pour faire obstacle à la juridiction arbitrale, le Conseil d’État s’est fondé sur une délibération du 14 août 1823, adoptée par les comités réunis de législation, du contentieux et de l’intérieur du Conseil d’État (MACAREL Louis-Antoine, *Recueil des arrêts du Conseil, ou ordonnances royales, rendues en Conseil d’État, sur toutes les matières du contentieux de l’administration*, Paris, Bureau d’administration du Recueil des arrêts du Conseil, 1821-1830 (12 vol., 1^{re} série), t. 6 (1824), p. 633). Lorsque l’avocat d’AUVILLIERS rapporte une décision similaire du Conseil d’État (17 août 1825, *BOYER c. Ministre de la Guerre*, rapp. CORMENIN), il rapproche opportunément les mots prononcés par CUVIER en 1819 et rapportés *supra*, par lesquels celui-ci assimilait la juridiction contentieuse du Conseil d’État à une juridiction arbitrale (*Journal du Palais : décisions du Conseil d’État et ordonnances du Roi, en matière de compétence administrative et judiciaire*, Paris, Au bureau du Journal du Palais, 1821-1834 (4 vol.), t. 2 (1828), p. 443).

administratif en promouvant la juridiction judiciaire⁷⁹ ; soit leur nature soulignait au contraire les linéaments d'un contentieux spécial, irréductible au contentieux judiciaire. Cette évolution du droit précipitée par le Conseil d'État, a largement contribué à bousculer les termes des débats. Par l'exacerbation de cet antagonisme, les partisans de chacune des deux thèses ont été amenés à en développer les termes. Certes, cette question n'a jamais totalement absorbé celle – plus générale – de la compétence du Conseil d'État. Cela dit, la première a largement conditionné la seconde. Victor de BROGLIE ne cesse d'illustrer ses propos en se référant aux contrats dont les nombreux exemples sont autant de pivots pour sa démonstration⁸⁰. Si bien que PICHON, en écho à MÉCHIN (déjà précité), admet sans ambages : les marchés de l'administration ont été « *la question sur laquelle semblent s'être réunies toutes les objections* » à la juridiction contentieuse du Conseil d'État⁸¹.

76. Le contentieux des fournitures : une attribution discréditée au point de vue de ses incidences pécuniaires. – Nombre d'auteurs, à commencer par le vicomte de CORMENIN en 1818⁸², ont déploré les effets délétères d'une compétence du Conseil d'État pour ces affaires. Le baron HÉLY D'OISSEL rapporte en 1828 :

Beaucoup d'entrepreneurs répugnent à contracter avec le gouvernement, parce qu'ils savent qu'ils se mettent à sa discrétion et pour les époques et pour la qualité des paiements. On ne voit cependant pas pour quelle raison le gouvernement ne serait pas lui-même justiciable des tribunaux, toutes les fois qu'il n'intervient que comme partie intéressée dans la contestation, et toutes les fois que le jugement ne doit intéresser l'administration que sous le rapport pécuniaire⁸³.

Le député libéral LABBEY DE POMPIÈRES n'est pas moins incisif à ce sujet :

L'attribution faite au Conseil d'État du jugement de toutes les contestations qui s'élèvent à l'occasion des marchés dans lesquels le

⁷⁹ Victor de BROGLIE suggère bien que l'arbitrage soit de nouveau permis pour ces conventions (« Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 124). C'est aussi en faveur de cette solution que se prononce SIMÉON (fils) (*Du Conseil d'État considéré dans son organisation actuelle et dans les améliorations qu'il serait possible d'y introduire*, Paris, Pélicier & Cholet, 1829, p. 44-45 ; cet essai anonyme est accompagné de cette seule mention : « *par un auditeur* » ; elle est attribuée à Henri SIMÉON par le vicomte de CORMENIN, dans la cinquième et dernière édition de ses *Questions de droit administratif* (1840). Indépendant de la valeur que cet opuscule représente pour l'historien (avec tous les autres pris ensemble), son auteur est si peu original qu'il fut présenté dans une recension comme un plagiaire (in *Gazette des tribunaux* 1829 (29 octobre), n° 1317).

⁸⁰ Dans son article précité, nous avons recensé plus d'une dizaine de passages où Victor de BROGLIE appuie ses propos en mobilisant l'exemple des contrats de l'administration.

⁸¹ PICHON Louis-André, *Du Conseil-d'Etat ; de ses attributions administratives et de sa juridiction*, Paris, Pélicier & Chatet, 1829, p. 44.

⁸² Cf. dans son *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction* (1818), p. 179 *sq.*), et dans ses *Questions de droit administratif*, particulièrement la première édition (1822, p. 316 *sq.*). Lorsqu'il s'exprime quelques années plus tard comme député, il défend une opinion tout à fait identique (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 60 (1885), p. 107-108 ; Chambre des députés, séance du 8 juin 1829).

⁸³ *Id.*, t. 53 (1884), p. 371 (Chambre des députés, séance du 26 juin 1828).

gouvernement est intéressé, est fondée sur ce que l'intérêt public peut exiger que les règles du droit civil, en matière de contrat, soient modifiées dans telle ou telle circonstance.

Et bien, cette thèse est non seulement immorale, elle est ruineuse pour l'État. Elle est immorale, car la moralité est profondément blessée lorsque deux parties ayant librement contracté, l'une des parties peut s'affranchir de ses engagements et se constituer juge dans sa propre cause.

Elle est ruineuse pour l'État ; car si le gouvernement, lorsqu'il traite comme partie dans un contrat quelconque, était assujéti à la loi et à la juridiction commune, il trouverait des conditions beaucoup plus avantageuses. Qui ignore que les traitants font payer au gouvernement les chances que la justice arbitraire du Conseil d'État leur fait courir, et que la *prime d'assurance*, comme cela arrive toujours, dépasse de beaucoup le risque ? Qui calculera combien de millions la juridiction du Conseil d'État depuis qu'elle est instituée, a coûtés à la France, et cela indépendamment de l'atteinte qu'elle a portée à la moralité publique, en faussant en France le sentiment vrai et pur du juste et de l'injuste ?⁸⁴

Le député LA ROCHEFOUCAULD dénonce quant à lui les effets pervers de cette compétence sur la stabilité de ces relations contractuelles – dans la mesure où les fournisseurs sont exposés à la versatilité du personnel ministériel.

Avec la jurisprudence actuelle du Conseil d'État, on ne peut être fournisseur que lorsqu'on est assuré de la bienveillance de l'administrateur avec lequel le marché doit s'exécuter ; et si, avec son entière exécution, il est remplacé par un autre, il est presque certain que celui-ci a des difficultés avec l'entrepreneur.

Il est certain aussi qu'il y a en général aujourd'hui peu de concurrence, parce que la dépendance de l'administration écarte les plus craintifs et les plus prudents ; et il est vrai de dire qu'on peut aussi aisément faire fortune sous un administrateur, qu'être ruiné sous un autre, quoique l'un et l'autre soient probes et intègres⁸⁵.

Ce sentiment a semble-t-il été largement partagé – au point de prendre les dimensions d'un poncif. Tous n'ont pas inféré que la compétence judiciaire dût s'imposer aux contrats de l'administration. Cependant, cela a contribué à entretenir une suspicion constante à l'endroit de cette attribution, en y faisant converger les enjeux auxquels la juridiction contentieuse du Conseil d'État était suspendue, notamment son économie – institutionnelle et gestionnaire.

- 77. La promotion de la compétence judiciaire : le revers d'une critique de la juridiction administrative, corruptrice du Droit.** – Les adversaires de la juridiction contentieuse du Conseil d'État ont assimilé les marchés de fournitures aux contrats du code civil, en reprochant à leurs contradicteurs de vouloir les soustraire du Droit. Le duc de BROGLIE y insiste : les contentions entre parties portent sur des droits consacrés par le code civil, dont l'autorité est assurée par les tribunaux. Il

⁸⁴ *Id.*, t. 55 (1884), p. 506 (Chambre des députés, séance du 2 juillet 1828).

⁸⁵ LA ROCHEFOUCAULD Gaëtan (de), *Des attributions du Conseil d'État*, *op. cit.* (1829), p. 92-93.

répugna à l'idée qu'un débat judiciaire pût se régler dans un sens différent de celui indiqué par le droit civil, tel qu'interprété par les tribunaux.

Quelle est aujourd'hui, au comité du contentieux, la règle pour distinguer (...) entre les affaires qui ressortissent à l'administration, et celles qui appartiennent aux tribunaux ? (...) Cette règle, c'est que toute question qui peut trouver sa solution dans les principes du droit civil est du ressort des tribunaux. Or, cette règle que signifie-t-elle, à le bien prendre, sinon que là où l'examen conduit à la reconnaissance d'un droit, les tribunaux sont compétents, tandis qu'au contraire, là où l'examen conduit simplement à reconnaître si, *dans l'absence de tout droit quelconque*, les intérêts en présence ont été appréciés à leur véritable valeur, et réglés selon leur degré respectif d'importance, l'administration, auteur du règlement attaqué, a seule qualité pour le modifier ou le maintenir ?⁸⁶

À l'instar de DUPIN AÎNÉ qui regretta les biais auxquels se prêtèrent – selon lui – les « *contrats administratifs* »⁸⁷, Victor de BROGLIE ne put concevoir que l'administration s'imposât à ses contractants par d'autres ressorts que ceux organisés par le droit civil. Il lui sembla inique qu'au moyen d'un contrat librement négocié, l'administration pût encore se prévaloir d'un privilège d'action qui jurât avec l'égalité contractuelle⁸⁸. Autrement dit, il s'est agi de montrer les désordres résultant de cette juridiction administrative : institution hybride, elle conduit à dénaturer les contrats en supposant à certains une nature hétérodoxe, rigoureusement antinomique de l'idée même de contrat.

Lorsqu'un citoyen attaque le gouvernement en sa qualité d'administration, lui imputant d'avoir violé ou mal rempli les conditions d'un contrat, d'un marché quelconque, passé avec elle, c'est là un procès ordinaire. L'administration a traité avec les citoyens sur un pied d'égalité parfaite ; elle a traité sous l'empire des lois générales ; c'est sous l'empire des lois générales qu'elle doit réussir ou succomber⁸⁹.

Cet auteur fit assez bien voir que, de son point de vue, l'exorbitance des prérogatives de l'État ne se conçoit pas au-delà des fonctions politiques. Dès lors qu'il s'agit d'aménager les conditions matérielles de l'action du gouvernement ; autrement dit, dès lors qu'il est question de gestion – synonyme pour cet auteur d'administration –, le gouvernement n'est plus dans un rapport où l'exercice de l'autorité serait équitable, ni même opportun, encore moins nécessaire. « *Ce que le gouvernement fait (...) dans le but de tenir sur pied la force armée, chacun le sait, il le fait sous mille autres rapports, il le fait en mille*

⁸⁶ [BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 90.

⁸⁷ « Je veux parler des *contrats administratifs* dont l'administration s'attribue exclusivement l'appréciation. Cependant (...) n'est-il pas évident que lorsque l'État contracte avec un particulier, il se fait son égal en tout ce qui est de l'exécution du contrat ? Ce n'est plus l'État qu'il faut voir, c'est une partie ; ce n'est plus le gouvernement, corps politique, qui plaide en demandant ou en défendant, c'est un vendeur ou un acheteur, un débiteur ou un créancier. Il leur faut à tous deux un juge désintéressé » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, op. cit., t. 53 (1883), p. 262 ; Chambre des députés, séance du 10 avril 1828).

⁸⁸ « L'État n'est point contraignable ; chacun le sait en traitant avec lui ; mais ce n'est pas une raison pour qu'il soit juge dans sa propre cause » ([BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 123).

⁸⁹ *Id.*, p. 67-68.

autres occasions »⁹⁰. L'autorité avec laquelle agit le gouvernement comme institution politique ne saurait s'associer – sauf par le biais d'une combinaison hybride – aux procédés juridiques qui tiennent du consensualisme lorsqu'il agit comme administration. Il y avait là quelque chose de contrenature qui sapait l'idée que cet auteur se faisait du pouvoir exécutif.

78. Cette thèse est assez dogmatique – sans y impliquer aucun sens péjoratif. L'action contractuelle est chargée d'une valeur incorruptible à tous les compromis auxquels l'expérience de la pratique pourrait inviter. Ce n'est pas qu'en assimilant l'administrateur à un mandataire investi de la gestion, à l'instar de l'économiste⁹¹, Victor de BROGLIE négligea les difficultés propres à l'administration. Seulement, il réprouva l'idée qu'elle pût être privilégiée dans des activités qu'il ne dissociait pas de la gestion d'affaires. Il n'est pas surprenant qu'en considérant un moment les particularités de l'action administrative, il envisagea le recours à l'arbitrage. L'administration est à peine plus qu'une société d'affaires au service du gouvernement⁹². Cette thèse repose sur des prémisses empruntées à la doctrine de la séparation des pouvoirs de MONTESQUIEU – à laquelle il se réfère d'ailleurs explicitement⁹³. Par le truchement d'une anglophilie qu'il indique sans dissimulation⁹⁴, il s'attacha à donner à la question de la justice administrative une solution libérale. Les complications auxquelles donnait lieu l'administration ne le préoccupaient pas outre mesure, tout accaparé qu'il était à esquisser un profil libéral aux institutions publiques. Et lorsqu'il fit seulement allusion à la marche de l'administration, il ne vit pas que ses difficultés pussent être

⁹⁰ Il poursuit en ces termes : « L'État a des bois ; le gouvernement est l'homme d'affaires de l'État ; il en surveille l'aménagement ; il en règle les enchères ; il en fait rentrer les produits. L'État a des domaines ; le gouvernement les régit ; il les loue ; il en perçoit les revenus. La législature décide qu'il est à propos de construire une forteresse, un pont, un édifice quelconque, d'ouvrir une route ou canal. Le gouvernement examine les plans, arrête les devis, passe les marchés, solde les mémoires » (*id.*, p. 66).

⁹¹ Victor de BROGLIE parle au sujet de l'administration d'« *intendant d'une grande maison* » (*id.*, p. 66) ; d'« *homme d'affaires de l'État* » (*ibid.*) ou encore d'« *homme d'affaires de la société* » (*id.*, p. 73). FICHES adhère à la même représentation : tandis que le *fonctionnaire* concilie les divers intérêts en présence par l'exercice d'une véritable autorité, l'*employé administratif* n'entreprend que des actes de gestion – il est « *gérant* », « *negotiorum gestor* ». Celui-ci « *n'a pas d'autorité, sur quoi serait-elle fondée ? Que fait-il ?* (...) Il s'oblige d'après les principes du droit, comme le font tous les jours les citoyens entre eux. (...) Pourquoi un agent de service public ou du domaine de l'État aurait-il le privilège singulier d'être juge et partie dans sa propre cause ? » (*Du Conseil-d'État et du contentieux administratif*, *op. cit.* (1830), p. 26).

⁹² Cf. cette citation, déjà reproduite *supra* : « Si l'on craint que, dans certains cas, l'application des réglemens de service ne fût un peu embarrassante pour les tribunaux, ou que les formes de la justice ordinaire ne soient quelquefois un peu lentes, où serait l'objection à ce que les parties convinssent alors, dans le marché, de faire vider les contestations par des arbitres ? Il faudrait seulement pour cela faire modifier les articles du Code de Procédure civile qui défendent de compromettre dans les causes où l'État est partie » ([BROGLIE Victor (de)], in *Revue française* 1828, VI, p. 124).

⁹³ *Id.*, p. 64.

⁹⁴ Il se revendique encore de la doctrine du juriste genevois Jean-Louis DELOLME (1740-1806), auteur de la *Constitution de l'Angleterre* (1774). Par ailleurs, il se réfère souvent aux institutions britanniques tout au long de son essai. Au sujet du référent britannique dans le développement du libéralisme français (cf. JAUME Lucien, *L'individu effacé...*, *op. cit.* (1997), p. 288).

d'une autre nature que celles rencontrées par « *l'intendant d'une grande maison* »⁹⁵. Cette interprétation ne signifie pas qu'il s'est enfermé dans un ensemble de vues trop étroites. Elle permet de mesurer ce qui pouvait le séparer de ses contradicteurs qui se sont placés à un autre niveau de considérations. Quoi qu'il en soit, cette thèse ne doit pas dissimuler que d'autres arguments ont été avancés en faveur de la compétence judiciaire. Des arguments qui affleurent discrètement dans la doctrine même de celui-ci.

- 79. La prégnance de considérations gestionnaires dans les doctrines favorables à la compétence judiciaire.** – Nous venons de signaler combien d'orateurs se sont exclamés contre les conséquences fâcheuses de la compétence administrative en matière de fournitures. Tels LABBEY DE POMPIÈRES qui en signala les effets « *ruineux* »⁹⁶ ; LA ROCHEFOUCAULD qui se désespéra de la versatilité ministérielle⁹⁷. À l'instar du vicomte de CORMENIN⁹⁸, le duc de BROGLIE n'y a vu qu'un « *fripon puissant* » opposé à des « *fripes adroits* »⁹⁹. En un sens, ces arguments jouent de la réputation déplorable que les fournisseurs et munitionnaires s'étaient attachés¹⁰⁰. Cependant, ils reposent moins sur des sentiments grégaires qu'ils n'expriment en réalité une préoccupation à l'égard des vicissitudes financières de l'État. D'ailleurs, il est peu probable que ces auteurs en eussent été dupes. Pris à la lettre, ces diatribes n'inspirent que révolutions à l'endroit des fournisseurs. Pourtant, leurs motifs se compliquent d'une critique de l'État plutôt qu'ils ne paraissent jeter l'anathème sur ces associés indispensables au gouvernement. Ce n'est pas que la fortune de certains munitionnaires n'ait jamais suscité des indignations – nous pensons au cas singulier

⁹⁵ [BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 66.

⁹⁶ MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 55 (1884), p. 506 (Chambre des députés, séance du 2 juillet 1828).

⁹⁷ LA ROCHEFOUCAULD Gaëtan (de), *Des attributions du Conseil d'État*, *op. cit.* (1829), p. 92-93.

⁹⁸ CORMENIN vilipenda ces « *spéculateurs sans foi et sans solvabilité* » pour lesquels les fournitures sont une manière comme une autre de s'enrichir sur les deniers publics (*Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction sous la monarchie constitutionnelle*, Paris, Delaunay, 1818), p. 186).

⁹⁹ « *Avec la guerre vint la nécessité des marchés, des approvisionnements, des fournitures. Et dans le discrédit où se trouvait l'État, dans la pénurie de toutes choses, les fournisseurs ne furent, le plus souvent, que des fripons adroits, qui traitaient avec un fripon puissant. Les fripons adroits prirent leurs avances ; le fripon puissant prit ses avantages ; de là cette prétention du gouvernement que, les marchés de fournitures étant des actes de l'administration, il lui appartenait non-seulement de les interpréter dans le doute, mais de décider toutes les difficultés quelconques qui pourraient s'élever à leur occasion, mais de se porter juge entre l'État et quiconque se prétendait son créancier* » ([BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », *op. cit.*, p. 104).

¹⁰⁰ Le professeur DESSERT s'est efforcé de dénoncer le mythe du « laquais-financier » et la parfaite intégration de l'élite financière d'Ancien Régime à l'élite nobiliaire (*Argent, pouvoir et société au Grand Siècle*, Paris, Fayard, 1984, p. 98 *sq.*). Les professeurs CHAUSSINAND-NOGARET et BRUGUIÈRE l'ont éprouvé en étudiant les relations entre les élites financières et nobiliaires – le premier au XVIII^e siècle (*Gens de finance au XVIII^e siècle* (1972) & *La noblesse au XVIII^e siècle* (1976)), le second sous la Révolution et l'Empire (« L'aristocratie descendante des affairistes de la Révolution », in BRUGUIÈRE Michel, *Pour une renaissance de l'histoire financière, XVIII^e – XX^e siècles*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 1992, p. 311).

du financier OUVRARD¹⁰¹. L'essentiel pourtant n'est pas là. L'attention est tournée vers un État dont certains ont interrogé sa capacité à satisfaire ses besoins sans impérities, toutes dispendieuses pour les finances publiques. Ce n'est pas seulement à propos des débats sur le Conseil d'État que cette problématique fut soulevée, mais aussi autour de l'administration de l'armée. Confronté peu après les Cent-Jours à l'entretien des troupes étrangères stationnant sur le territoire national¹⁰², ainsi qu'à des récoltes calamiteuses, le ministre de la guerre CLARKE résilia, en 1817, des entreprises pour l'approvisionnement des troupes passées avec diverses compagnies, pour leur substituer une régie¹⁰³. De vifs débats en résultèrent pour discuter de l'opportunité de cette décision. Certes, la grande majorité des protagonistes ont été des praticiens avertis, liés d'une manière ou d'une autre aux subsistances militaires. Aussi ce furent des controverses dont l'écho fut moindre que celles touchant le Conseil d'État. Cela dit, les hommes politiques et hauts-fonctionnaires – parlementaires, ministres, conseillers d'État, *etc.* – n'en sont probablement pas restés ignorants. Les parlementaires y ont été attentifs, d'autant que le ministère de RICHELIEU (1815-1821) travaillait à assainir les finances publiques – notamment pour obtenir au plus vite le départ des troupes coalisées.

80. La littérature qui s'ensuivit est riche de réflexions sur l'administration publique et d'une critique gestionnaire sur ses performances économiques¹⁰⁴. En ayant souvent

¹⁰¹ Munitionnaire depuis le Directoire jusqu'à la Restauration, Gaston-Julien OUVRARD (1770-1846) a successivement contribué au financement des campagnes militaires de ces régimes. Emprisonné par NAPOLÉON I^{er}, il fut de nouveau enfermé sous la Restauration à la suite du scandale des marchés passés pour l'expédition d'Espagne (1823). Cf. à son sujet la biographie que lui a consacrée Jacques WOLFF (*Le financier OUVRARD : l'argent et la politique*, Paris, Tallandier, 1992).

¹⁰² Cette obligation fut imposée à la France par l'article 5 du second traité de Paris, signé le 20 novembre 1815 entre l'Autriche, la Grande-Bretagne, la Prusse et la Russie.

¹⁰³ Cf. l'ordonnance du 21 mai 1817 précédée comme suit : « *Des circonstances extraordinaires ayant amené la résiliation des traités passés en 1814 et 1815 pour la fourniture des vivres et des fourrages à notre armée, ainsi qu'aux troupes de l'armée d'occupation, nous avons jugé nécessaire d'arrêter des mesures qui pussent assurer l'exécution de ces services* » (*Bulletin des lois* 1817 (158), n° 2217). Gonzalve de NERVO éclaira ces événements méconnus au travers d'une vaste histoire financière. « *En 1814, la Restauration, fort embarrassée, avait continué le système des entreprises. (...) Mais, en 1816, la mauvaise année étant venue peser sur l'impérite du munitionnaire [DOUMERC], l'administration de la guerre avait été obligée de recourir à des marchés d'urgence. (...) L'État fit ainsi une perte énorme. Bientôt après on avait organisé un régime simple (...); cette régie ne dura que jusqu'au 1^{er} octobre 1817. Ce fut alors qu'une direction générale des vivres de la guerre avait été créée* » (*Les finances françaises sous la Restauration, 1814-1830 : faisant suite aux Finances sous l'ancienne monarchie, la République, le Consulat et l'Empire (1180-1814)*, Paris, Lévy frères, 1865-1868 (4 vol.), t. 1, p. 543-544).

¹⁰⁴ Voici quelques-uns des principaux auteurs qui se sont engagés sur cette question : FONVIELLE (*Examen du projet de la commission chargée de statuer sur le mode le plus convenable de l'administration des subsistances militaires*, 1817) ; GAULTIER (*De la régie simple des subsistances militaires et de la nécessité de l'établir définitivement*, 1817) ; un ancien directeur des vivres anonyme (*Examen de diverses questions sur l'administration des subsistances militaires*, 1817) ; MARCHAND (*Première réponse à l'ouvrage ayant pour titre : « Examen de diverses questions sur l'administration des subsistances militaires », précédée de nouvelles observations en faveur du système de la régie intéressée*, 1817) ; ROSTAING (*Vices de l'administration actuelle des subsistances militaires, et réponse à un ancien directeur des vivres, par un intendant militaire*, 1817) ; BAIL (*Essais historiques et critiques sur l'organisation des armées et sur l'administration militaire en France*, 1817) ; BAILLIET (*De la constitution de l'administration militaire en France*, 1817) ; OZANNE

exercés des responsabilités sous l'Empire, les auteurs ont profité d'une licence plus avantageuse sous la Restauration pour développer leurs opinions propres. Essentiellement développés par des praticiens aux compétences techniques éprouvées, il est malaisé d'apprécier l'influence de ces débats sur les acteurs adjacents, d'autant que le cadre de leurs interrogations fut réduit à l'administration des subsistances militaires. Cependant, l'on discerne une convergence vers cette idée que la gestion de l'administration pût être améliorée en la confrontant au droit commun, ainsi qu'en empruntant à des méthodes inspirées de l'industrie privée. L'assise pérenne de l'administration napoléonienne sembla écarter le spectre d'une administration qui échappât au contrôle du pouvoir exécutif, si bien que d'autres préoccupations prévalurent. En réaction aux vicissitudes financières des premières années de la Restauration, ces auteurs se sont évertués à assimiler la gestion de l'administration au commerce privé pour qu'elle s'imprégnât de son exemple. Des indices récurrents nous inclinent à penser que ces doctrines ont sensiblement influencé les contradicteurs du Conseil d'État, sinon qu'elles ont participé à des réflexions convergentes. Elles indiqueraient les motifs par lesquels certains ont éprouvé la justice administrative en en déplorant les conséquences dispendieuses. En effet, ces critiques n'ont peut-être pas toutes été inspirées par une certaine idée du Droit. Des préoccupations gestionnaires s'y sont sûrement ajoutées, envisageant une gestion administrative qui pût être plus économique en ralliant la confiance de la gente commerciale. Il aurait été question d'aider au développement d'une administration plus régulière dans son fonctionnement, en la différenciant un peu mieux des attributions politiques du pouvoir exécutif¹⁰⁵. L'enjeu étant que ce commerce ne fût pas altéré par des décisions politiques dont les répercussions pouvaient être délétères. En d'autres termes, il se serait agi de circonscrire et d'isoler deux espèces de régularités : l'une politique, l'autre gestionnaire. Les faveurs pour un « *gouvernement à bon marché* »¹⁰⁶, très prégnantes parmi les contemporains, nous renforcent dans cette conviction. Cet aspect nous semble décisif pour comprendre

(*Examen critique de l'ouvrage intitulé : « De la Constitution de l'administration militaire... en France », 1817*) ; ODIER (*De la réforme dans la législation militaire*, 1818) ; ou encore LANFREY-LISLE (*Mémoire sur l'administration des vivres de la guerre, avec la proposition de la rétablir en régie intéressée comme elle existait avant 1792*, 1820). Auxquels nous pouvons encore ajouter un opuscule de FLANDIN (*Examen d'un mémoire sur les bases de l'administration militaire*, 1815) et un essai d'un auteur resté anonyme (*De l'autorité ministérielle en matière d'administration militaire*, 1822).

¹⁰⁵ Sous cette approche, ces vues seraient un pendant au réformisme en cours sous la Restauration au ministère des finances. Cf. à ce sujet, ces trois articles du professeur KOTT : « La conception administrative d'un système financier sous la Restauration » (*in Revue du Trésor* 2007, n° 2, p. 144) ; – « Le système financier de la Restauration, entre rénovation et révolution » (*in* DUBET Anne & LEGAY Marie-Laure (dir.), *La comptabilité publique en Europe 1500-1850*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 201) ; – « Restaurer la monarchie et restaurer les finances en France, 1815-1830 : le financement de l'expédition d'Espagne » (*in* DUBET Anne & LUIS Jean-Philippe (dir.), *Les financiers et la construction de l'État : France, Espagne, XVII^e – XIX^e siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 217).

¹⁰⁶ Cf. à ce sujet : ROSANVALLON Pierre, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, 1990, p. 49 sq.

les oppositions dressées contre la juridiction administrative. Celles-ci n'ont pas seulement été justifiées par une certaine appréhension vis-à-vis de l'autoritarisme administratif. Elles ont encore été pénétrées de considérations qui ne sont pas restées inintelligentes à l'administration. Si ces auteurs ont plus volontiers parlé de gestion administrative que d'action administrative, ce fut précisément pour la saisir suivant une perspective qui favorisât une assimilation au droit civil. C'est en ce sens que nous comprenons cette distinction dont ils ont assuré la promotion : celle entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Elle ne résulte pas d'un progrès doctrinal ; sa formulation n'est compréhensible qu'à l'aune des motifs dont elle procède. Pour en saisir toute la pertinence, il convient de l'opposer à la thèse antagoniste, favorable à la juridiction contentieuse du Conseil d'État – ou à l'institution d'un tribunal indépendant de l'administration, et autonome de l'autorité judiciaire. Car celle-ci implique aussi une certaine compréhension de l'action administrative – quoiqu'envisagée autrement.

Chapitre 3

Singulariser les marchés de fournitures : une promotion du contentieux administratif

81. Si, jusqu'alors, nous avons insisté sur les contempteurs de la juridiction contentieuse du Conseil d'État, il faut à présent aborder leurs contradicteurs. Pas seulement pas esprit de parité. En se portant à la défense du Conseil d'État, ces derniers se sont essayés à justifier l'existence d'un contentieux administratif en empruntant notamment les exemples de leurs adversaires dont ils ont pris soin de renverser la valeur. C'est à cet égard qu'ils ont développé une conception originale des marchés de fournitures. Non pas qu'elle fut inédite ; mais les controverses sur le Conseil d'État lui donna une audience inespérée (**section 1**). Dès lors, il sera plus commode de confronter la pertinence des deux thèses antagonistes, afin de montrer en quels termes elles entendirent chacune soumettre l'administration à une régularité comprise différemment (**section 2**).

Section première. – Une appréhension du contentieux contractuel déterminée par la défense du Conseil d'État

82. **La consécration d'une conception originale des marchés de fournitures, employée à justifier la juridiction administrative.** – MACAREL – aux côtés duquel se rangent encore CORMENIN et SIREY – s'est fermement élevé contre l'idée que les marchés de l'administration fussent des contrats purement et simplement assimilés aux contrats du code civil. Ce n'est pas dire qu'il leur supposa une nature différente ; seulement il discerna à leur propos des intérêts propres à les singulariser. S'il s'en remit essentiellement à un argument légaliste¹⁰⁷, d'autres soulignèrent avec plus de pédagogie l'intimité qui pouvait lier leur exécution au fonctionnement des services publics. Jean-Baptiste SIREY se signala à cet égard :

Pour que le service public soit assuré, il a fallu que le particulier qui aurait fait, avec les agents du Gouvernement, une convention relative au service, puisse être, administrativement, contraint d'exécuter la convention.
– C'est pourquoi l'administration a dû avoir attribution pour constater ou

¹⁰⁷ « Toutes les difficultés qui peuvent s'élever entre l'administration et les fournisseurs, soit avant, soit après l'exécution du traité, sont de la compétence administrative. Contentieux ou non, tout obstacle y doit être tranché par l'administration. L'intérêt de l'état a établi cette loi », en faisant allusion au décret du 11 juin 1806 (MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative...*, op. cit., t. 2 (1818), p. 192 (v° Marchés et fournitures)) ; et le même, quelques années plus tard : la juridiction administrative « comprend encore les marchés dans lesquels l'administration a stipulé comme partie, et a réservé à sa juridiction contentieuse, à l'exclusion des tribunaux ordinaires, le droit de prononcer, en cas de difficultés, sur leur interprétation ou sur leur exécution » (*Des tribunaux administratifs...*, op. cit. (1828), p. 36).

interpréter le contrat, et pour lui assurer effet ; en ce cas, décider, c'est ordonner ; juger, c'est administrer¹⁰⁸.

Ou encore le vicomte de CORMENIN :

Les besoins les plus urgents de l'administration pourraient se multiplier, et quelquefois la sûreté même de l'État pourrait tomber en péril par les refus ou les lenteurs que les fournisseurs apporteraient à l'exécution de leurs marchés. De tels maux veulent de prompts remèdes. (...) Il faut que le Ministre ait la pleine faculté de contraindre le fournisseur, par toutes les voies possibles de coercition, à exécuter son marché. (...) Dans ce cas, le Contentieux même est tellement lié et subordonné aux besoins de l'administration, que la puissance d'exécution doit l'emporter, et entraîner la juridiction contentieuse dans la rapide nécessité de sa marche¹⁰⁹.

Tous trois se sont montrés sensibles – lorsqu'ils n'y ont pas contribué directement – envers des réflexions qui, depuis l'Empire, s'attachent à saisir les entrepreneurs et fournisseurs. Celles-ci ont largement assimilé cette idée que les agents administratifs et les fournisseurs sont proprement associés à la marche de l'administration, sauf à y être liés différemment. En les poursuivant à propos de la juridiction contentieuse du Conseil d'État, ces auteurs ont réagi aux controverses qui l'ont frappé sous la Restauration. Les opinions de CORMENIN, MACAREL et SIREY ne correspondent pas tant à l'émergence balbutiante – mais géniale – d'une doctrine administrative, qu'à une entreprise doctrinale d'autant plus réfléchie qu'elle fut répercutée par un débat contemporain stimulant¹¹⁰. Leurs contributions ne doivent pas, cependant, être ramenées à des réactions hâtives, pressées par des intentions polémiques dépourvues

¹⁰⁸ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. 231.

¹⁰⁹ [CORMENIN Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction...*, *op. cit.* (1818), p. 180-181. Il ne défend pas une autre opinion lorsqu'il s'exprime quelques temps plus tard comme député : « Rédaction des marchés, formes et conditions de l'adjudication, cas de résiliation, moyens coercitifs d'exécution, décision provisoire et sans opposition, pour toutes les difficultés qui s'élèveraient sur le temps, le lieu, le mode, la qualité, le prix des fournitures et le paiement des acomptes. Voilà ce que l'intérêt, et peut-être le salut de l'État, la confection indispensable des travaux, l'urgence des approvisionnements et l'immensité de services, exige qu'on laisse à la discrétion et en quelque sorte à l'arbitraire du ministre directeur et responsable. Dans ces cas, le contentieux même est tellement lié et subordonné aux besoins de l'administration, que la puissance d'exécution doit l'emporter et entraîner la juridiction contentieuse dans la rapide nécessité de sa marche » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 60 (1885), p. 107 ; Chambre des députés, séance du 8 juin 1829).

¹¹⁰ Nous avons déjà noté *supra* ce que l'initiative du vicomte de CORMENIN a dû aux événements. La remarque s'applique également à Jean-Baptiste SIREY. Dans la préface de son ouvrage consacré au Conseil d'État, il y précise : « Mon but principal était de repousser les nombreux reproches qui lui sont adressés depuis un an » (*Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. i). Plus loin : « Après avoir décrit l'organisation et les attributions du Conseil d'État, ainsi que ses règles d'instruction et de décision, je me livre à de hautes considérations, que j'ai cru indispensables, sur les améliorations que comporte l'institution, selon l'esprit ou le vœu de la Charte » (p. iiij). En faisant paraître son *Des tribunaux administratifs*, Louis-Antoine MACAREL est inspiré par de semblables motifs : « La justice administrative surtout est en butte à de pressantes attaques, et c'est vers le sommet de cette hiérarchie que se portent aujourd'hui les efforts : Je viens montrer l'ensemble de cette juridiction, indiquer ce qui la constitue, exposer ses attributions, retracer son organisation intérieure, et signaler, en passant, ses imperfections et ses vices, tels qu'ils m'ont apparus » (*Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.* (1828), p. vij).

de toute hauteur de vue¹¹¹. Cela dit, cette perspective nous paraît plus appropriée pour se représenter ce qui a précipité ces initiatives, et discerner les motifs qui y ont été sous-jacents. Il s'agit en somme de souligner ce qui a pu susciter, sinon animer cette fécondité doctrinale. Car il nous semble malaisé d'en apprécier la valeur sans en comprendre les ressorts. Ces trois auteurs ont débattu des marchés de fournitures en les prêtant à une certaine conception, qui pour avoir été ébauchée dès les premières années du XIX^e siècle, ne l'a pas été dans les mêmes proportions. Il ne faut pas se figurer des administrativistes qui, sous l'Empire, auraient été incapables de poursuivre plus en avant leurs réflexions. Celles-ci ne s'apprécient toujours qu'à l'aune de ce qui les a précipitées. D'ailleurs, Jean-Baptiste SIREY s'est signalé à ces deux moments doctrinaux. La doctrine qu'il développe avec d'autres dans les années 1820, montre que la conception qu'il se fait de ces marchés ne procède pas d'une intelligence plus profonde sur le sujet ; elle s'articule à un propos sans lequel celle-là n'eût sans doute pas été formalisée. Son énonciation participe d'une légitimation de la juridiction contentieuse du Conseil d'État, en même temps que cet exercice polémique a attisé une entreprise doctrinale qui autrement n'eût aucun sens. C'est pourquoi il est indispensable de lire ces auteurs par rapport aux préoccupations qui les ont aiguillonnés ; par rapport aux contemporains à qui ils se sont adressés ; ainsi qu'aux thèses qu'ils ont souhaité contredire.

- 83. Une conception soulignant les procédés spécifiques à l'exécution des marchés de fournitures.** – À rebours de ceux pour qui les contrats de l'administration ne sont que des contrats ordinaires, les administrativistes dont il est ici question se sont efforcés de convaincre que certains d'entre eux seraient marqués d'un caractère et d'une empreinte propres. Ils n'ont pas été les seuls à défendre une telle doctrine, lors même qu'elle s'articula parfois sur une représentation différente du Conseil d'État. À la thèse d'après laquelle un tribunal administratif indépendant dût être institué, lui fit face celle favorable à ce que le Conseil d'État demeurât strictement subordonné au pouvoir ministériel¹¹². Le contentieux de l'administration serait trop intime à l'administration pour qu'il fût confié à une juridiction indépendante du gouvernement. Telle est par exemple l'opinion du conseiller d'État DELAMALLE :

Le jugement du contentieux en administration doit appartenir à l'administration, parce qu'il en fait partie indivisible, et que si on l'en séparait, le Gouvernement serait entravé et la chose publique souffrirait.

Voilà le fondement et en même temps la mesure de sa compétence.

¹¹¹ Louis-Antoine MACAREL, singulièrement, se défend en 1828 de ne publier son ouvrage qu'en réaction aux controverses sur la juridiction administrative : « *Cet ouvrage n'est pourtant point un livre de circonstance ; il est le fruit de plus de douze ans de travaux* » (*ibid.*, p. vij).

¹¹² Cf. à propos du pouvoir ministériel sous la Restauration et la Monarchie de Juillet : BURDEAU François, « Pouvoir administratif et droit public français. III. L'épanouissement du pouvoir ministériel sous la Monarchie censitaire », in *Giornale di Storia Costituzionale* 2003, n° 5, p. 49.

Ainsi, il est aisé de sentir que si on pouvait se pourvoir dans les tribunaux, (...) le Gouvernement serait arrêté dans sa marche, et le pouvoir passerait aux tribunaux. (...)

Que si, l'exécution des traités pour approvisionnements, fournitures et transports de vivres pour l'intérieur ou pour la subsistance et l'équipement des armées, devait être débattue et jugée dans les tribunaux, que deviendraient les approvisionnements, que deviendraient les armées ?¹¹³

Cette thèse est assez proche de celle développée par le conseiller d'État et premier président de la Cour de cassation – HENRION DE PANSEY¹¹⁴ :

Les forces de l'État sont déployées ; une compagnie a pris l'engagement de fournir à tous les besoins de l'armée : mais cet engagement, elle le remplit si mal, que les soldats manquent des choses les plus nécessaires, et que le seul moyen de sauver l'État est d'annuler le traité fait avec cette compagnie.

Mais ce traité est une convention synallagmatique ; et toutes les conventions sont sous la garde des lois et des magistrats qui en sont les organes. Cependant, si l'affaire est soumise aux tribunaux, si elle est assujettie aux formes d'une procédure régulière, tout sera perdu, il n'y aura plus d'armée long-temps avant l'obtention du jugement définitif. La loi suprême, celle devant laquelle toutes les autres se taisent, le salut de l'État, *salu populi*, autorise donc le gouvernement à se constituer juge dans sa propre cause, à résilier lui-même, sans forme de procédure, à cette compagnie infidèle ou négligente, des fournisseurs plus vigilants, et de meilleure foi. (...)

Dans ces circonstances, dans vingt autres semblables, il faut pour l'instruction et l'examen de ces sortes d'affaires, un mode spécial et particulier, une espèce de tribunal qui, comme le conseil d'État, soit dans le gouvernement ; qui en ait toujours l'esprit, quelquefois le secret, et dont la marche rapide soit toujours en accord avec ce qu'exigent la sûreté de l'état et les besoins de la société¹¹⁵.

Avant que cet auteur ne se ralliât à la thèse d'une justice administrative déléguée¹¹⁶, celui-ci identifia le contentieux administratif à un appendice de l'administration active, qui dût impérieusement être confié à une autorité située dans le giron de l'administration, familière de son intimité. Ce n'est pas que HENRION DE PANSEY eût été en difficulté de différencier l'administration du jugement. Cependant, résoudre le contentieux administratif, c'est toujours poursuivre l'administration – suivant cette

¹¹³ [DELAMALLE Gaspard-Gilbert], *Du jugement du contentieux de l'administration par le roi, en son Conseil d'État...*, *op. cit.* (1818), p. 18-19.

¹¹⁴ Au sujet de Pierre-Paul-Nicolas HENRION DE PANSEY (1742-1829), voir les notices biographiques qui lui sont consacrées dans le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004) et le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi que la thèse que lui consacra Renée LAUDE : *HENRION DE PANSEY (1742-1829)* (1941). Il se distingua dès l'Ancien Régime (en tant qu'avocat au parlement de Paris) par des publications très remarquées sur le droit féodal. Du Consulat jusqu'à sa mort, il fut surtout attaché à la Cour de cassation dont il devint le premier président (1828). Il assuma succinctement des fonctions au Conseil d'État (1813-1814), à la suite de quoi il demeura conseiller d'État en service extraordinaire ; de même qu'il fut brièvement ministre de la justice sous la Première Restauration (1814).

¹¹⁵ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, *op. cit.* (2^e éd., 1818), p. 503-504.

¹¹⁶ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1830), p. 65 *sq.*

idée que les litiges en question procèdent de la marche de l'administration, autant qu'ils en déterminent l'aboutissement.

Puisque, dans la personne du roi, le droit de juger dérive du droit d'administrer, et que sa qualité de juge est attachée à celle d'administrateur, il faut nécessairement reconnaître que sa compétence comme juge se concentre dans la sphère administrative¹¹⁷.

De ce point de vue, l'exécution des marchés de fournitures n'est pas vraiment dissociable de la marche de l'administration¹¹⁸. Ces conventions participent toujours de la « *chose publique* », laquelle souffrirait d'être assujettie « *aux formes lentes et solennelles des juridictions ordinaires* »¹¹⁹. Plus qu'aucune autre, cette thèse incarne l'adage suivant lequel : juger l'administration, c'est encore administrer¹²⁰. Car le contentieux contractuel est moins conçu comme un contentieux indemnitaire, seulement porté à la liquidation des marchés, qu'il n'est appréhendé comme un contentieux lié à leur exécution. Si une communauté de vue rapproche cet auteur – quant aux marchés de fournitures – de CORMENIN, MACAREL et SIREY, ces derniers s'en sont démarqués quant à la définition de la justice administrative¹²¹.

84. Indépendamment du modèle juridictionnel en faveur duquel ces divers auteurs se sont prononcés, tous trois ont conçu que pour être des contrats, les marchés de fournitures n'en devaient pas moins être exécutés *administrativement*. Les actes pris

¹¹⁷ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, op. cit. (2^e éd., 1818), p. 505. Et celui-ci de vitupérer contre la compétence du Conseil d'État en matière de contravention de grande voirie, d'appel comme d'abus, de prises maritimes, etc.

¹¹⁸ Dans le même sens : « [Les contempteurs de la juridiction contentieuse du Conseil d'État] s'évertu[ent] à soutenir que la dignité des ministres n'en serait pas compromise ; il ne s'agit pas seulement de dignité, mais de la marche du Gouvernement renversée et de l'autorité compromise » ([DELAMALLE Gaspard-Gilbert], *Du jugement du contentieux de l'administration par le roi...*, op. cit. (1818), p. 20).

¹¹⁹ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, op. cit. (2^e éd., 1818), p. 504.

¹²⁰ D'après HENRION DE PANSEY : « *Pouvoir, par des ordonnances, à l'exécution des lois, à la sûreté de l'État, au maintien de l'ordre public, aux différents besoins de la société, c'est administrer. Statuer, par des décisions, sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu, et sur les oppositions que des particuliers se croiraient en droit de former à leur exécution, c'est encore administrer. On administre donc de deux manières : par des ordonnances en forme de lois, et par des décisions en forme de jugements* » (id., p. 458). DELAMALLE défend la même opinion : « *Disons donc avec plus de raison que le fondement indestructible du pouvoir de juger le contentieux d'administration par l'administration même, est dans l'indivisibilité de ce pouvoir d'avec l'administration dont il est partie intégrante. Car il n'existe, ce pouvoir, et il n'est accordé que parce qu'il est impossible que l'administration elle-même subsiste sans lui. S'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait pas de raison pour qu'il ne fût pas partie de l'ordre judiciaire. Aussi, les bornes, comme le principe de sa compétence, doivent-elles être dans cette étroite liaison entre la nécessité de l'administration, et la chose qui fait l'objet du litige. Voilà ce que, dans l'objet de régulariser cette compétence, il serait permis de rechercher, s'il en était besoin, et non la chimère impraticable d'un tribunal permanent et inamovible tout-à-fait séparé de l'administration. Le pouvoir de prononcer sur le contentieux en administration est dans le pouvoir exécutif, parce que l'administration même dont il est inséparable, y est certainement* » (*Du jugement du contentieux de l'administration par le roi...*, op. cit. (1818), p. 9). À propos de l'usage de cet aphorisme dans la formalisation de la juridiction et du contentieux administratifs, nous nous permettons de renvoyer à la thèse de Pierre SANDEVOIR : *Études sur le recours de pleine juridiction* (Paris, L.G.D.J., 1964 ; thèse de doctorat, faculté de Lille).

¹²¹ Cf. par exemple la présentation critique que Louis-Antoine MACAREL fait de la thèse d'HENRION DE PANSEY (*Des tribunaux administratifs*, op. cit. (1828), p. 333 sq.).

pour leur exécution sont pris unilatéralement par l'administration qui ne s'interdit pas d'imposer à son contractant toutes les obligations appelées à satisfaire les services publics¹²², sauf à les en indemniser. C'est plutôt que le fournisseur n'est pas en mesure de pouvoir contester les décisions qui lui sont adressées. Tenu de les respecter au moment où le marché s'exécute, il ne peut prétendre qu'à une compensation indemnitaire. Sans être à proprement parler un agent administratif, il s'en rapproche dans la mesure où il est soumis au pouvoir discrétionnaire de l'administration au-delà de ce qu'un contractant ordinaire saurait supporter. Ainsi que nous l'avons évoqué dans le chapitre précédent¹²³, les marchés de fournitures sont l'occasion d'une spéculation commerciale par laquelle l'administration s'attire la collaboration d'un fournisseur qui, pour l'exécution de leurs obligations contractuelles, se soumet à l'autorité de l'administration. La doctrine administrative – singulièrement sous la plume de l'avocat aux Conseils SIREY – avait indiqué sous l'Empire comment le fournisseur se différenciait de l'agent administratif, prenant considération de la nature de sa rémunération et de son indépendance relative vis-à-vis du gouvernement. Sous la Restauration, une partie de la doctrine administrative – toujours en compagnie de Jean-Baptiste SIREY – a souligné un autre aspect des marchés de fournitures, en insistant cette fois-ci sur les conditions dans lesquelles les fournitures sont réalisées. Tandis que, sous l'Empire, il fut question de dissiper les équivoques suscitées par les métamorphoses de l'administration publique depuis la Révolution ; il s'est agi, sous la Restauration, d'approprier l'action administrative au pouvoir gouvernemental.

- 85. Une conception des marchés de fournitures, coextensive de l'action administrative.** – À raison de la longue réfutation faite par HENRION DE PANSEY à l'article précité de Victor de BROGLIE ; en considération du fait qu'elle est, comparativement aux autres auteurs, la plus tardive ; parce que, au demeurant, nous avons particulièrement étudié CORMENIN et SIREY dans le chapitre précédent, nous nous attacherons ici à HENRION DE PANSEY. Dans un opuscule posthume, cet auteur qui se départit de l'anglomanie de Victor de BROGLIE¹²⁴, lui oppose la réplique suivante :

¹²² Il ne faut pas comprendre l'expression « services publics » comme nous l'entendons aujourd'hui. Avant qu'elle ne devienne un concept juridique, elle désigne au XIX^e siècle ces activités qu'assume l'État au nom de l'intérêt général, et qui en même temps se distinguent de la gestion domaniale et de la tutelle des communes.

¹²³ Cf. la section 1 du chapitre 2, titre I, première partie.

¹²⁴ « *Ne le suivons pas dans ses brillantes excursions au sujet de ce qui se passe chez nos voisins dans les affaires analogues à celles qui forment chez nous le contentieux de l'administration. Il suffira de nous rappeler que l'ordre de choses établi en France offre infiniment plus de garanties pour la prompte expédition des affaires, la maturité d'examen et toutes les conditions d'une parfaite justice* » (HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1830), p. 10).

Lorsqu'un citoyen, dit-on d'abord, attaque l'administration, lui imputant d'avoir violé ou mal rempli les conditions d'un contrat, d'un marché passé avec elle, c'est là un procès ordinaire. L'administration a traité avec ce citoyen sur un pied d'égalité parfaite ; elle a traité sous l'empire de la loi générale ; c'est sous l'empire des lois générales qu'elle doit réussir ou succomber.

Cela est-il vrai en fait, en pratique ? (...)

En théorie, la loi commune semble être une règle suffisante du contrat. En pratique, l'administration perdrait à tous égards, si les contestations qui peuvent naître entre elle et les entrepreneurs étaient renvoyées devant les tribunaux ordinaires¹²⁵.

Sans contester la nature contractuelle des marchés de fournitures, il place ailleurs le débat, en insistant sur le caractère inadéquat des dispositions du code civil¹²⁶. Celles-ci ne sont pas éconduites, mais HENRION DE PANSEY souhaite départir les marchés de la rigueur avec laquelle les tribunaux en assurent le respect. Il n'élève aucune différence de nature entre les marchés de l'administration et ceux des particuliers :

Je veux, bien moins sans doute en théorie que sous le point de vue pratique, que les difficultés que font naître les marchés des fournitures et entreprises, dans l'intérêt de l'état, soient soumises à des juges spéciaux¹²⁷.

À l'instar de quelques autres¹²⁸, la Loi de la nécessité est l'étalon à l'aune duquel il proportionne cette spécificité.

S'il survient, comme il arrive trop souvent, quelque circonstance qui nécessite de s'écarter de la loi du contrat, malgré la difficulté qui peut en naître, le besoin du service peut exiger que l'entreprise marche toujours. La nécessité, comme on dit, n'a pas de loi¹²⁹.

Il n'est pas question d'un argument frustré qui ferait primer la nécessité sur le Droit. Ses fausses apparences donneraient à voir une doctrine bien pauvre. Il s'agit plutôt, pour cet auteur, de désigner l'impossibilité dans laquelle l'administration est placée de tout prévoir en discutant des stipulations auxquelles elle entend se tenir. Bien loin

¹²⁵ *Id.*, p. 18-20.

¹²⁶ Victor de BROGLIE « place l'administration vis-à-vis des particuliers dans la position d'égal à égal et sous l'empire des principes fixes et invariables de la loi. Quelle est cette loi ? Le code civil traite de la vente et du louage. Mais il dit à peine quelques mots du louage d'ouvrage ou d'industrie. Cependant, dans l'exécution des grandes entreprises, des travaux importants qui sont faits aux frais de l'état, il se présente nécessairement en cours d'ouvrage des changemens imprévus et des circonstances sans nombre. Les difficultés qu'on peut prévenir sont tout au plus réglées par des décisions ministérielles, des usages que la nécessité a fait admettre, et enfin par une jurisprudence de la matière qui supplée au silence de la loi et des réglemens. Le bon sens et les habitudes du service font naître des règles assez certaines que la pratique de ces sortes d'affaires peut seule indiquer, et qui sont également connues des préposés de l'administration et des particuliers adjudicataires des entreprises » (*id.*, p. 19).

¹²⁷ *Id.*, p. 21-22.

¹²⁸ Cf. par exemple le vicomte de CORMENIN : « Les besoins les plus urgents de l'administration pourraient se multiplier, et quelquefois la sûreté même de l'État pourrait tomber en péril par les refus ou les lenteurs que les fournisseurs apporteraient à l'exécution de leurs marchés. De tels maux veulent de prompts remèdes. (...) Dans toutes ces circonstances graves, la loi de la nécessité doit seule être obéie. Le pressant motif du salut public ou de l'intérêt général doit faire fléchir devant lui tous les motifs secondaires, tous les intérêts individuels, toutes les règles de la justice distributive ordinaire » (*Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction...*, *op. cit.* (1818), p. 180-181).

¹²⁹ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1830), p. 20.

d'incliner à spolier les fournisseurs, cette nécessité est celle qui lui concède une latitude dans l'action, en lui désignant une procédure qui lui permette de procéder unilatéralement à l'exécution de ses marchés en imposant les conditions à ces derniers.

86. Le service public n'est pas érigé en concept juridique. C'est plutôt comme phénomène administratif qu'il est envisagé. Nous ne saurions parler d'un régime contractuel teinté d'exorbitance, tant cela renverrait à une dichotomie entre droit public-droit privé qui serait anachronique et hors-de-propos¹³⁰. Il n'empêche que HENRION DE PANSEY explicite ce que le service public a d'impérieux, au point d'insister sur les aspects justifiant au profit de l'administration une latitude libérée du droit strict, tel que les tribunaux le sanctionnent. Loin de justifier sa thèse par la puissance coercitive de l'État, l'attention est attirée sur la continuité des services publics – érigée en norme phénoménale. Le contentieux administratif existe par cela même qu'il est indispensable à l'ébauche d'un corps de règles qui puisse encadrer l'administration dans sa marche, sans lui ôter tout à fait une marge de manœuvre qui lui est nécessaire pour s'exécuter¹³¹. HENRION DE PANSEY mobilise de nombreuses considérations pour convaincre de cette nécessité : la complexité des normes applicables ; leur mutabilité, inhérente au besoin où l'administration est placée d'épouser les circonstances telles qu'elles se présentent ; le fait que les dispositions légales et réglementaires se suffisent rarement à elles-mêmes et qu'elles doivent par conséquent se compléter par une interprétation favorable à l'intérêt général ; l'économie procédurale encore¹³². Un autre motif attire encore notre attention. Il

¹³⁰ *Comp.* BIGOT Grégoire, « L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif », in MELLERAY Fabrice (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Poitiers, Université de Poitiers, 2004, p. 25.

¹³¹ Pour donner la mesure de cette opinion, l'on peut rapprocher le baron LOCRÉ qui, en s'interrogeant sur « cette juridiction à laquelle, depuis 1815, on a donné le nom de justice administrative » (*Quelques vues sur le Conseil d'État, considéré dans ses rapports avec le système de notre régime constitutionnel*, Paris, Gosselin, 1831, p. 41), tend dans le même sens : « Quoique les principes fondamentaux du droit civil (...) dominent toutes les affaires et doivent devenir les guides de tous les juges, il est certain néanmoins que, suivant la nature et l'espèce particulière des contestations auxquelles on les applique, ils sont susceptibles (...) de modifications qui constituent un droit exceptionnel. (...) La justice administrative (...) a besoin d'un droit exceptionnel, car il lui faut souvent prononcer sur des contestations où se rencontre un conflit d'intérêts généraux et d'intérêts privés, qui sont régis, les premiers par le droit public, les seconds par le droit civil, et par conséquent par des principes différents et quelquefois en opposition » (*id.*, p. 47). Une recension de cet opuscule indique qu'il a été originellement conçu pour « un homme au pouvoir », avant que celui-ci ne décide l'auteur à le faire imprimer ; il s'agit d'une consultation où d'ailleurs LOCRÉ s'excuse de n'avoir pu – dans sa retraite – se mettre au courant des publications faites depuis lors sur le Conseil d'État (*in Gazette des tribunaux* 1831 (29 janvier), n° 1704).

¹³² HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1830), p. 22. Cet argument n'est pas original – il est souvent mis en avant, comme sous la plume de l'avocat aux Conseils QUÉNAULT : « Il faut posséder des notions spéciales sur les besoins et les règles du service auquel les entreprises se rattachent » ; « on aurait (...) à combattre chez [les tribunaux judiciaires] la préoccupation des règles du droit commun, souvent contraire au droit spécial de la matière » ; « la complication et les lenteurs de la procédure ordinaire sont inconciliables, non-seulement avec le besoin d'une rapide exécution des marchés de fournitures et de travaux publics, mais

tient moins aux marchés en tant que tels, qu'à l'administration dans son organisation. Le juge administratif ne doit pas être un juge aussi rigoureux que le juge judiciaire. Les tribunaux ne peuvent trouver aucune utilité sociale à privilégier un particulier plutôt qu'un autre dans les contentions qui les opposent. Le juge administratif est placé dans une situation différente : il veille aux intérêts de l'administration, y compris – et surtout – contre les errements de cette dernière.

L'État n'ayant que des agents, de simples mandataires, qui n'ont aucun intérêt personnel dans le succès de leur mandat, ils échapperont facilement à la responsabilité de leurs actes, ou la bonne foi des tiers sera journellement en péril, à moins que les uns et les autres ne soient justiciables d'hommes éminemment versés dans l'étude des lois et réglemens concernant un service qui peut compromettre la fortune publique¹³³.

L'on discerne mieux à cet égard l'articulation qu'il y a entre le contentieux contractuel des fournitures, et la juridiction contentieuse du Conseil d'État. L'enjeu n'est pas seulement de conférer à l'administration les moyens propres à assumer correctement ses attributions, mais encore celui de contrôler la manière dont les agents administratifs satisfont à leurs responsabilités.

- 87. Garder les marchés de fournitures au contentieux administratif, ou maintenir l'administration sous une tutelle éclairée.** – Envisagée pour se garder de la négligence des agents administratifs, cette précaution n'est pas inédite. Nous la retrouvons également sous la plume de SIMÉON (fils)¹³⁴ qui, parce qu'il est peu original, atteste de la banalité de cette doctrine dans la sphère administrative. Ces auteurs ne sont pas seulement méfiants à l'égard des juges judiciaires, ils le sont de surcroît vis-à-vis des agents administratifs. Ils ne manquent pas d'être attentifs à leur psychologie et d'apprécier avec circonspection le dévouement dont ils peuvent faire preuve à l'égard de l'intérêt général. La motivation de ces agents n'est pas aiguillonnée par l'intérêt privé, tenu pour le principal mobile des actions humaines. Soucieux de cadrer avec la constitution de l'administration, ces administrativistes prônent en faveur du Conseil d'État un ministère qui ne consistât pas tant (ou pas

encore avec la nécessité d'une prompte et définitive liquidation des dettes à la charge de l'État, et conséquemment avec la stricte exécution des règles établies pour le bon ordre de la comptabilité des finances » (*De la juridiction administrative*, Paris, Delaunay, 1830, p. 40-42).

¹³³ *Id.*, p. 21.

¹³⁴ « Les contrats ne sont jamais plus clairs et plus réguliers que lorsque des deux côtés les droits ont été défendus, et les clauses stipulées par l'intérêt privé : cet intérêt est toujours éveillé et sur ses gardes ; il sait parfaitement distinguer et détourner les pièges qu'on cherche à lui tendre ; la partie est égale. Il n'en est pas de même lorsque l'intérêt privé n'existe que d'un côté, et que de l'autre, la même garantie ne se montre pas ; tous les désavantages seront nécessairement pour ce dernier. Les fournisseurs font déjà avec le Gouvernement des bénéfices assez considérables, pour qu'il ne soit pas nécessaire de leur donner encore l'avantage de la juridiction des tribunaux, qui jugent en général plus souvent d'après la lettre que d'après l'esprit des contrats » ([SIMÉON Henri], *Du Conseil d'État considéré dans son organisation actuelle...*, *op. cit.* (1829), p. 44).

seulement) à arbitrer des droits en collision¹³⁵, qu'à apprécier la qualité de l'administration dans les cas où elle soulève des différends. Le juge administratif doit pouvoir statuer en équité ; c'est-à-dire appliquer le droit en considération d'un intérêt général dont l'administration n'est que le mandataire, et à l'égard duquel certaines de ses décisions peuvent être malheureuses. HENRION DE PANSEY note une idée souvent mobilisée par ceux qui tournent leur vigilance vers les agents administratifs – celle de la « *minorité perpétuelle de l'État* »¹³⁶ –, trop conscient des fourvoiements auxquels peut conduire une confiance empreinte de candeur.

Des juges spéciaux sont indispensables pour que (...) l'autorité doive à leur expérience et à leurs lumières une appréciation solide et ferme de la conduite que ses agens auront tenue¹³⁷.

Le juge administratif résout des litiges autant qu'il en prévient de futurs ; il érige pour l'administration un « *monument de jurisprudence qui la dirige à l'avenir à travers l'obscurité ou les lacunes de la loi et des réglemens* »¹³⁸. Suivant une perspective qui fait écho à son aphorisme « juger l'administration, c'est encore administrer », HENRION DE PANSEY confère au contentieux administratif une dimension moderne, puisque orientée à véhiculer une discipline administrative propre à améliorer l'action administrative ; une dimension aussi qui le spécifie du contentieux judiciaire, lequel est strictement porté à déclarer le Droit en départageant les prétentions des parties litigantes.

88. Victor de BROGLIE n'a souhaité voir dans les litiges entre l'administration et ses contractants qu'un débat purement judiciaire, une confrontation entre des droits dûment acquis qui ne se résout qu'en des termes pécuniaires. HENRION DE PANSEY – et d'autres avec lui – défendit une conception dont le souci primordial fut de renforcer la régularité de l'action administrative, derrière laquelle se profile l'intérêt

¹³⁵ HENRION DE PANSEY est sceptique à l'égard de l'arbitrage : « *Nous aimons en France une justice exacte, et les arbitrages y jouissent en général de peu de faveur. Les particuliers eux-mêmes sont rarement flattés d'être choisis pour vider un différend. Ainsi, sous ce rapport, nous aurions peu de sympathie pour les usages anglais* » (*Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, op. cit. (1830), p. 27). Dans une autre réplique à l'essai de Victor de BROGLIE, QUÉNAULT est plus catégorique encore : l'arbitrage est un remède « *pire que le mal* » dans la mesure où « *il offrirait bien plus de prise à l'arbitraire que le régime actuel malgré ses défauts* ». « *N'est-il pas probable, en effet, que les administrateurs craignant de commettre le sort des intérêts de l'État à la mauvaise foi, à la légèreté, à l'impéritie de l'arbitre que l'entrepreneur pourrait choisir, (...) imposeraient dans le compromis et au moment où ils seraient encore maîtres de dicter leurs conditions à l'entrepreneur, des arbitres choisis parmi les hommes de l'administration, de véritables commissaires, sans même laisser à l'entrepreneur, contre leur décision, la ressource de l'appel auquel on le forcerait de renoncer ?* » (*De la juridiction administrative*, op. cit. (1830), p. 43).

¹³⁶ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, op. cit. (1830), p. 26.

¹³⁷ *Id.*, p. 21. SIMÉON (fils) émet une opinion similaire, quoique plus équivoque par son référent avec l'arbitrage : « *Pour défendre l'administration contre des prétentions exagérées, il fallait choisir un arbitre qui prononçât dans ces contestations, plutôt suivant l'équité et l'esprit des stipulations, que sur l'apparence du droit et la lettre des clauses écrites* » (*Du Conseil d'État considéré dans son organisation actuelle...*, op. cit. (1829), p. 44-45).

¹³⁸ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, op. cit. (1830), p. 21-22.

général¹³⁹. En ce sens, la juridiction administrative est plus que jamais la prolongation de l'administration active. Elle l'accompagne pour la reprendre dans ses errances ; la corrige lorsqu'elle ne saisit pas l'intérêt général avec suffisamment d'intelligence ; la dirige en lui donnant des règles qui concilient au mieux les droits particuliers avec la nécessité de la marche administrative.

Des juges spéciaux sont indispensables pour que, d'abord, justice soit faite à qui elle appartient, et que toutefois l'autorité doive à leur expérience et à leurs lumières une appréciation solide et ferme de la conduite que ces agens auront tenue, et aussi un nouveau monument de jurisprudence qui la dirige à l'avenir à travers l'obscurité ou les lacunes de la loi et des réglemens¹⁴⁰.

SIREY et CORMENIN ont été tout aussi sensibles à l'égard de ces difficultés. Certes, ils davantage ont été préoccupés par les interruptions que la marche de l'administration pût subir du fait des défaillances d'un entrepreneur, tandis que HENRION DE PANSEY mit l'accent sur l'opportunité d'encadrer l'administration par un juge spécial – et qui soit la continuation de l'action administrative par d'autres moyens. Cela étant, leurs démarches sont relativement similaires : elles appréhendent le droit de l'administration comme un vecteur propre à s'assurer du service de tous ceux appelés à concourir à sa marche. Ce n'est pas qu'elle fût par nature supérieure aux particuliers. Bien au contraire, c'est l'administration qui est dans une situation défavorable : placée en vis-à-vis avec des fournisseurs avertis de leurs intérêts, l'administration n'est jamais incarnée que par des individus *a priori* désintéressés dont le dévouement est toujours à éprouver.

Il n'est pas exact de dire que l'état traite absolument d'égal à égal avec les adjudicataires des entreprises de travaux ou de fournitures, ni que les marchés s'exécutent en général sous le seul empire du droit commun ; qu'il y ait enfin qu'avantage et nécessité pressante, dans l'intérêt, soit de l'état soit des particuliers, à saisir les juges civils de contestations que ces marchés font naître.

On serait encore moins fondé à conclure de la nature même du droit, par exemple, en supposant que ces intérêts ne réclament pas dans les décisions auxquelles ils donnent lieu, les mêmes égards, le même degré de prudence dont on a si bien senti la nécessité pour des intérêts d'une autre nature¹⁴¹.

¹³⁹ HENRION DE PANSEY est préoccupé de ce que l'administration puisse fonctionner d'une manière optimum. C'est pourquoi il tient compte du « *bon sens et [des] habitudes du service [qui] font naître des règles assez certaines que la pratique de ces sortes d'affaires peut seule indiquer, et qui sont également connues des préposés de l'administration et des particuliers adjudicataires des entreprises* » (*id.*, p. 19).

¹⁴⁰ *Id.*, p. 21-22. Cf. dans le même sens les propos tenus en 1818 par DELAMALLE, partisan d'un contentieux administratif qui fût confié à l'administration même : « *On ne peut pas, en matière administrative, interposer un tribunal, de quelque manière qu'on le compose, entre les administrateurs et le souverain : ce tribunal qui les réformerait exercerait l'autorité souveraine, et deviendrait l'arbitre et le régulateur de l'administrateur* » (c'est nous qui soulignons) (*Du jugement du contentieux de l'administration par le roi, en son Conseil d'État, op. cit.* (1818), p. 21).

¹⁴¹ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1830), p. 27-28.

En somme, quels que soient les points de vue où ils se sont placés, tous ces auteurs portent leur attention sur les individus mobilisés pour l'action administrative, et qui, de ce fait, se placent sous la censure du Conseil d'État. Car sa tutelle n'est jamais autrement conçue que comme un moyen de régulariser la marche de l'administration.

- 89. Les marchés de fournitures, des contrats aux rapports inégalitaires ?** – C'est là, à notre sens, un nœud malheureux : ces administrativistes n'ont jamais défendu l'idée – inintelligible pour tous les contemporains – que l'administration, en souscrivant à une convention, pût être encore supérieure à son contractant¹⁴². Cette idée se développa surtout à partir du XX^e siècle lorsque l'inégalité des relations contractuelles cessa d'être seulement perçue comme une anomalie marginale. Notamment avec le développement de sciences connexes au droit administratif : l'économie politique et la sociologie ; mais aussi avec l'inclination de certains privatistes portés à dénoncer une orthodoxie civiliste exaltant le contrat, comme une valeur propre à accomplir la liberté de l'individu. Lorsqu'au cours du XIX^e siècle d'aucuns soulignent l'inégalité des rapports contractuels, il s'agit de porter un discours critique sur les contrats administratifs (au sens de ceux qui sont justiciables de la juridiction administrative) : la compétence judiciaire confère seule une égalité aux rapports contractuels. Si Victor de BROGLIE a présenté les marchés en ces termes, c'est pour persuader de l'iniquité qu'il y eût à en confier le contentieux au Conseil d'État. HENRION DE PANSEY en a pris le contrepied. D'où les précautions il entoure ses propos¹⁴³. Le succès rencontré par l'argument tiré d'une inégalité contractuelle, s'explique par sa valeur expressive. Pour autant, ce serait mésinterpréter un auteur comme HENRION DE PANSEY que de s'imaginer qu'il défendît – à l'encontre du duc de BROGLIE – une conception hérétique du contrat, à laquelle les juristes du XIX^e siècle sont restés absolument étrangers. Prétendre un contrat inégal, c'est lui porter une critique redoutable ; aucun administrativiste n'inclina à défendre une telle idée. C'est plutôt qu'en contractant, l'administration ne doit pas avoir moins de droits pour ordonner les mesures utiles aux services publics qu'elle n'en a lorsqu'elle agit en propre ; que, en contractant, l'administration ne doit pas se soustraire au contrôle du juge administratif sous l'égide duquel est placé l'intérêt général en dernier ressort ; que, en contractant, le fournisseur devient un agent (au sens étymologique du terme) de l'intérêt général, si bien qu'à cet égard, il se trouve placé sous la juridiction de celui qui en assure la

¹⁴² MACAREL définit les marchés de fournitures comme une « *espèce de contrat (...) parfaitement synallagmatique* » (*Éléments de jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, t. 2 (1818), p. 191 (v^o Marchés et fournitures)). CORMENIN est sans équivoque : « *L'État n'agit point ici par voie d'autorité et de puissance publique ; il contracte comme un particulier avec un particulier* » (*Questions de droit administratif, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1822), p. 319 (v^o Marchés)). Il suffit d'en poursuivre la lecture pour comprendre qu'il n'assimile pas pour autant les marchés de fournitures à des contrats ordinaires.

¹⁴³ D'après HENRION DE PANSEY : « *Il est évident que lorsque l'administration contracte, un traité qui intéresse l'état ne doit pas par cela même être considéré comme un traité fait entre particuliers* » (*Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1830), p. 21).

sauvegarde. Tout en se liant à des fournisseurs, l'administration ne cesse d'être responsable de l'intérêt général en ordonnant à cet effet toutes les mesures adéquates – sauf la censure du juge administratif. Nonobstant cette dissemblance par laquelle l'administration interprète ce qui est favorable à l'intérêt général pour l'exécution des fournitures, elle n'a pas plus de droits que le fournisseur. C'est suivant cette perspective que les thèses de nos auteurs ont convergé pour réprover l'idée que le contentieux des marchés de l'administration pût être confié aux tribunaux. Et tous trois – aux côtés desquels se range encore MACAREL¹⁴⁴ – ont milité en faveur d'une juridiction administrative indépendante de l'administration¹⁴⁵.

90. Les fournisseurs : administrés assujettis ou agents irrévocables de l'administration ?

– Ces auteurs ont-ils été insensibles au sort des fournisseurs ? Cette opposition serait tendanciellement manichéenne. Les polémiques ont parfois attisé ce clivage par trop artificieux. D'après eux, le droit administratif ne travaille pas contre les particuliers, comme s'il eût été placé devant une alternative binaire – celle d'être un droit oppressif, ou celle d'être un droit protecteur des administrés. Sans en critiquer la pertinence, cette dualité dans la manière de se représenter le droit administratif est contemporaine du XX^e siècle : elle est largement déterminée par l'autonomisation de la doctrine publiciste, dont le souci fut de se donner un objet d'étude aussi respectable que celui de la doctrine privatiste, en haussant (la protection de) l'individu comme l'une des finalités du droit administratif. Soucieux d'une administration efficiente, HENRION DE PANSEY appréhende sans conteste les droits des contractants dont la protection n'est pas moins digne d'intérêt. À commencer par le fait que les relations de l'administration avec ses fournisseurs lui sont toujours plus avantageuses lorsqu'elles sont faites sous le sceau de la confiance.

Une administration loyale saura couvrir et régulariser des opérations qui auront été poursuivies par ses agents, et sous leur surveillance, plus ou moins régulièrement. L'entrepreneur aura surtout besoin lui-même de recourir à son équité, et à celle du tribunal devant lequel il devra, en cas de difficulté, porter sa réclamation¹⁴⁶.

La conciliation des intérêts en présence n'est pas rendue impossible par le seul fait qu'ils sont examinés par un juge soucieux de l'intérêt général. Celui-ci ne coïncide pas parfaitement avec les intérêts de l'administration, qui n'en est qu'un mandataire. Le juge administratif doit introduire de la *régularité* dans l'action administrative en veillant à ce que celle-là agisse dans un sens toujours conforme à l'intérêt général. En toute rigueur, nous ne devrions jamais voir en la personne des fournisseurs des particuliers,

¹⁴⁴ MACAREL Louis-Antoine, *Des tribunaux administratifs...*, *op. cit.* (1828), p. 482 *sq.*

¹⁴⁵ Sur ce point, HENRION DE PANSEY paraît avoir évolué : dans la dernière édition de son ouvrage relatif à l'autorité judiciaire, il y défend une justice administrative retenue (1827), avant de se rallier tardivement au système d'une justice déléguée (*Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1830), p. 65 *sq.*).

¹⁴⁶ *Id.*, p. 21.

mais plutôt des agents intéressés à la chose publique par un biais particulier – la perspective de réaliser une spéculation commerciale. Conscient de ceci, l'avocat aux Conseils QUÉNAULT rapprochait les fournisseurs des employés administratifs en opposant aux « *agents révocables* » des « *agents irrévocables* » que sont les « *entrepreneurs* »¹⁴⁷. Car ces derniers sont liés à l'administration par un contrat dont les droits sont acquis, dont celle-là ne peut se libérer sans compensation. Cette appréhension des choses procède d'une idée déjà explicitée : lorsque l'administration passe des marchés, elle n'en continue pas moins à agir en faveur de l'intérêt général. Cette association ne doit pas occulter le fait que la démarche de l'administration demeure la même que si elle eût agi seule, par la voie de la régie.

On voit un contrat passé par le gouvernement avec un entrepreneur, et l'on conclut aussitôt que les difficultés relatives à l'exécution de ce contrat ne peuvent offrir rien d'administratif ; mais on ne fait pas assez attention que ce contrat n'est qu'un mode employé pour subvenir à la gestion d'une branche du service public, et que son exécution, qui est la matière litigieuse, consiste dans des actes relatifs à l'administration de l'État, comme à la construction de ses routes ou à la fourniture de ses armées, actes dominés par les règles établies dans l'intérêt du service public, qu'il y soit pourvu par des agents révocables, ou par des agents irrévocables comme le sont les entrepreneurs¹⁴⁸.

Ce lien entre l'action administrative et les marchés est encore marquée par le conseiller d'État PICHON – quoiqu'avec plus de discrétion :

Quant aux contrats et marchés passés avec le gouvernement, ces matières se sont trouvées retenues dans la main de l'administration, par la seule inhibition faite aux tribunaux de connaître des *actes* du gouvernement. (...)

Les affaires délaissées aux tribunaux sont à peu près étrangères à la marche de l'administration et du gouvernement¹⁴⁹.

- 91. Les marchés de fournitures et les baux administratifs : distinguer pour caractériser.** – Le service du gouvernement dépend à tel point de ces conventions que le même ne conçoit pas que cette compétence puisse être retirée au Conseil d'État sans ôter à celui-là les moyens de sa politique¹⁵⁰. Il l'admet si bien qu'il place cette attribution contentieuse en dehors de tout compromis.

¹⁴⁷ QUÉNAULT Hyppolite-Alphonse, *De la juridiction administrative, op. cit.* (1830), p. 46.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 45-46.

¹⁴⁹ PICHON Louis-André, *Du Conseil-d'État...*, *op. cit.* (1829), p. 47-48.

¹⁵⁰ Les fournitures passées pour l'expédition d'Espagne (1823) avec le munitonnaire OUVRARD en est un exemple topique. Celles-ci ont été le fruit de choix politiques éminents. Celui entre autres de ne pas s'aliéner la population espagnole en s'approvisionnant auprès d'elle par voie de réquisitions. Cela a été un facteur décisif pour signaler aux chancelleries européennes et à l'opinion publique espagnole que l'intervention militaire n'avait rien d'une conquête. D'autant que l'armée française s'y était aventurée une dizaine d'années auparavant en laissant derrière elles un souvenir pénible. Sur les aspects diplomatiques et politiques de cette entreprise de fournitures, ainsi que sur le scandale ministériel auxquelles elle a donné lieu, nous renvoyons à l'étude du professeur LARROCHE : *L'expédition d'Espagne : 1823, de la guerre selon la Charte* (Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013).

Enfin, il y aurait, sans contredit, à élaguer dans cette juridiction ; mais la dernière chose à en éliminer sera toujours les marchés et contrats passés avec l'état, et la juridiction en général, sur tout ce qui est matière de haute administration¹⁵¹.

Loin d'être singulière, cette opinion circulait également dans les cercles ministériels – en témoigne VATIMESNIL, ministre de l'instruction publique sous le ministère MARTIGNAC (janvier 1828-août 1829). Il l'indique implicitement en supposant que le contentieux administratif puisse, en certaines occasions, résulter d'un litige afférent à des droits acquis fondés sur un contrat.

Si des réclamations surviennent, et si ceux qui les forment prétendent les appuyer sur des droits acquis, soit en vertu de lois, soit en vertu de contrats ; voilà un litige qui naît entre l'administration et les individus qui se plaignent. Ce litige, qui le décidera ? Seront-ce les tribunaux ? Il faut distinguer : si la matière est telle que la décision ne puisse entraver et suspendre le cours de l'administration, on doit le renvoyer aux tribunaux. Dans le cas contraire, les tribunaux ne sauraient en connaître : car s'ils en connaissaient, l'administration leur serait soumise ; son action serait paralysée ; son indépendance serait perdue sans retour. (...) Dès qu'il y a un pouvoir administratif, il y a nécessairement un contentieux administratif¹⁵².

De même, à lire PORTALIS (fils de Jean-Étienne-Marie PORTALIS, celui qui co-rédigea le code civil) garde des sceaux sous le même ministère, il y a « *des questions d'une nature mixte qui ne pourraient être décidées par les tribunaux sans compromettre l'action administrative* »¹⁵³. Bien qu'il n'évoque pas explicitement les marchés, il y fait allusion¹⁵⁴. Si les marchés de fournitures participent du contentieux administratif, c'est, en d'autres termes, parce qu'ils sont employés à l'action administrative. Le motif ne tient pas à cette idée qu'ils fussent d'une nature spéciale, mais à cette autre : le contentieux y afférent intéresse l'action administrative, à l'inverse de leurs contradicteurs pour qui ce contentieux est essentiellement pécuniaire, car portant sur la liquidation des marchés.

92. Lorsque l'administration donne à bail des biens domaniaux, elle se comporte comme le ferait un particulier, ainsi que l'indique par exemple le conseiller d'État PICHON¹⁵⁵.

¹⁵¹ PICHON Louis-André, *Du Conseil-d'État...*, *op. cit.* (1829), p. 53.

¹⁵² MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 53 (1884), p. 264 (Chambre des députés, séance du 10 avril 1828).

¹⁵³ *Id.*, t. 53 (1884), p. 246 (Chambre des députés, séance du 9 avril 1828).

¹⁵⁴ « [L'administration] juge lorsque son action, qui se lie toujours à des intérêts publics, rencontre des oppositions légitimes ; lorsqu'il faut qu'elle décide apparemment avec connaissance de cause ou contradictoirement. On demandera pourquoi en ce cas on ne recourt pas aux tribunaux ordinaires : c'est qu'il y a des questions d'une nature mixte qui ne pourraient être décidées par les tribunaux sans compromettre l'action administrative, et je dirai plus, l'ordre constitutionnel lui-même ! » (*ibid.*).

¹⁵⁵ Ainsi selon Louis-André PICHON, les principes qui appellent la compétence de la juridiction administrative pour les marchés de l'administration « *n'empêchent pas que dans les engagements que le gouvernement a formés, en quelque sorte comme particulier ; dans les acquisitions immobilières, dans les baux qu'il contracte pour son*

De même – si le député HÉLY D'OISSEL conçoit que les marchés de travaux et de fournitures puissent donner lieu à la compétence du Conseil d'État lorsque les parties y consentent, il abandonne rigoureusement cette éventualité pour les baux administratifs : « *À l'égard des baux administratifs, la justice et la raison veulent qu'il en soit de l'administration comme d'un propriétaire, qu'une fois le bail passé, il devienne la loi des parties contractantes, et que les difficultés auxquelles son exécution peut donner lieu, rentrent dans le droit commun et soient portées devant les tribunaux* »¹⁵⁶. En s'attachant non plus à l'intérêt général mais à ses intérêts pécuniaires, l'administration entreprend une opération spéculative¹⁵⁷ et les difficultés qui surviennent en ces occasions ne sont pas de nature à oblitérer l'action administrative. Plusieurs administrativistes ont d'ailleurs noté une jurisprudence dont l'évolution s'est arquée en ce sens dans les années 1810 – tels MACAREL¹⁵⁸ et CORMENIN¹⁵⁹. C'est pourquoi les partisans d'une justice administrative évoquent rarement – sinon jamais – les baux administratifs au soutien de leur thèse. Puisque ces contrats ne sont pas de ceux qui caractérisent le contentieux administratif ; ils permettent tout au plus d'en montrer les limites, ou sinon pour marquer le caractère propre des marchés de fournitures. Avec ces derniers, l'administration confie une tâche qui, pour être déléguée à un particulier, n'est pas reléguée par cela même en dehors de la sphère de l'intérêt général. Il est dès lors opportun que le juge administratif conserve, à propos de ces marchés, une juridiction qui lui permette de toujours contrôler l'action administrative, indépendamment du mode opérationnel adopté. En somme, ce ne serait pas de l'idée de droits (acquis) que dût procéder la partition des compétences entre les juges judiciaire et administratif, comme le souhaitait le duc de BROGLIE ; mais de la nature de l'activité administrative, étant entendu que les marchés ne sont qu'un mode de l'action administratif. C'est pourquoi la nature contractuelle des marchés de fournitures, admise sans ambages par nos auteurs, est sans incidence sur la définition de la juridiction contentieuse. C'est de ces deux conceptions du contentieux des marchés de fournitures, que s'est renforcée une opposition sur la manière de penser une administration régulière.

usage, il ne puisse et doive relever des juridictions ordinaires pour les contestations auxquelles ces contrats, leurs circonstances et dépendances donnent lieu » (Du Conseil-d'État..., *op. cit.* (1829), p. 49-50).

¹⁵⁶ MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 55 (1884), p. 371 (Chambre des députés, séance du 26 juin 1828).

¹⁵⁷ *A pari* : QUIOT Gérard, « La distinction entre État-administrateur et État-propriétaire : clef du partage des compétences juridictionnelles pour les litiges administratifs en France au début du 19^e siècle », in *Annuaire d'histoire administrative européenne* 1996, n° 8, p. 65. « *Aux origines de l'État libéral français, la gestion par l'État de ses biens aux fins d'obtention d'un revenu n'est pas estimée être une activité administrative par nature, elle n'est pas estimée être de celles que l'État doit exercer dans l'intérêt général* » (p. 85).

¹⁵⁸ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, t. 1 (1818), p. 95-96 (v° Baux administratifs).

¹⁵⁹ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Goblet, 1826 (3^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 246-248 (v° Baux administratifs).

Section 2. – Les marchés de fournitures partagés entre deux manières de concevoir une administration régulière

93. **Une attribution contentieuse justifiée par l'intérêt du Trésor ?** – Le fait que les intérêts du trésor public puissent être grevés par le juge judiciaire n'est pas un argument décisif, loin s'en faut. SIMÉON (fils) – alors auditeur au Conseil d'État – rapporte vaguement que la compétence du Conseil d'État pour le contentieux des marchés est « *nécessaire aux intérêts du service et du trésor public* »¹⁶⁰. L'avocat aux Conseils SIREY énonce cet argument avec une certaine distance : « *On a pensé que...* »¹⁶¹. Jamais décisif, il participe de cette idée que le contentieux contractuel est essentiellement indemnitaire. Intervenant une fois le marché exécuté, le service public n'est plus en jeu. Il s'agit seulement de liquider les droits respectifs des parties : « *Après l'exécution du traité, dans le sens même de l'administration ; lorsque le service public a été régularisé ; lorsqu'il ne reste plus qu'à faire justice au traitant, d'après ses droits privés, résultant de la convention ; l'attribution à la justice administrative est moins nécessaire* »¹⁶². Le vicomte de CORMENIN développe la même opinion : « *Toutes les entreprises et marchés de travaux et de fournitures consommés se résolvent, à l'égard de l'État, en cette question ci : Que redoit l'État à l'entrepreneur ? ou, Que redoit l'entrepreneur à l'État ?* »¹⁶³. En proposant de confier le contentieux des fournitures à la Cour des comptes, le député MÉCHIN suggère également qu'il s'agit d'un contentieux essentiellement pécuniaire qui nécessiterait une attention particulière à raison des enjeux financiers en cause¹⁶⁴. Cependant, la protection des deniers publics n'est nulle part érigée comme une raison suffisante pour justifier la soustraction de cette compétence aux tribunaux. Il semble que cet argument ait eu un écho mitigé tant les ressorts en sont fragiles, voire cyniques. Il comparait surtout sur un plan secondaire, pour s'ajouter à d'autres plus essentiels. D'ailleurs, ce sont plutôt contempteurs de la juridiction contentieuse du Conseil d'État qui l'ont mobilisé. D'une part, pour discréditer la thèse adverse, en la rapprochant d'un motif détestable : il s'agirait, en prenant la défense du Conseil d'État, de permettre à l'administration de ne pas rémunérer exactement ses fournisseurs. D'autre part, pour décrier le coût indirect de la juridiction administrative : les fournisseurs – ce qui

¹⁶⁰ [SIMÉON Henri], *Du Conseil d'État considéré dans son organisation actuelle...*, op. cit. (1829), p. 44.

¹⁶¹ « *On a pensé qu'il y aurait de graves inconvénients à laisser aux tribunaux l'obligation de s'ingérer dans la connaissance des détails de l'administration, et la faculté de grever plus ou moins le trésor public, par des condamnations fondées sur des titres et contrats souscrits par des agents du Gouvernement* » (SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, op. cit. (1818), p. 231).

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ [CORMENIN Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction...*, op. cit. (1818), p. 182. Il réitère cette opinion quelques années plus tard, en qualité de député (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, op. cit., t. 60 (1885), p. 107-108 ; Chambre des députés, séance du 8 juin 1829).

¹⁶⁴ *Id.*, t. 52 (1883), p. 39 (Chambre des députés, séance du 15 mai 1827). C'est également l'invitation faite par Vital ROUX – négociant lyonnais et co-fondateur de l'École spéciale de commerce et d'industrie (*Considérations sur le rétablissement du Conseil d'État*, Paris, Imprimerie de Ducasso, 1830, p. 41).

semble avéré – surévalueraient le prix des fournitures pour se prémunir contre un mauvais paiement de l'administration, voire une déchéance. « *Qui calculera combien de millions la juridiction du Conseil d'État, depuis qu'elle est instituée, a coûtés à la France* » s'écriait le député LABBEY DE POMPIÈRES¹⁶⁵. Du reste, si la protection des intérêts pécuniaires de l'État eût justifié le fondement de la justice administrative, la distinction introduite entre les baux administratifs et les marchés de l'administration aurait été indéfendable, car l'État n'a pas moins d'intérêts dans un cas que dans l'autre. L'admettre, c'est en fait mieux discerner le véritable fondement de l'attribution contentieuse pour les marchés de fournitures : la compétence est administrative, car en confiant à l'administration compétence « *pour constater ou interpréter le contrat, et pour lui assurer effet* »¹⁶⁶, celle-ci agit comme les tribunaux vis-à-vis des parties litigantes – qui en principe sont les seuls dûment habilités à interpréter un contrat. C'est en ce sens que Jean-Baptiste SIREY ajoute : « *En ce cas, décider, c'est ordonner ; juger, c'est administrer* »¹⁶⁷. Car en interprétant les marchés pour leur prompt exécution – le cas échéant en y contraignant les fournisseurs –, l'administration agit à l'instar du juge judiciaire.

94. **Une attribution contentieuse réduite à un argument textuel ?** – Enfin, il est à noter que les partisans de la compétence administrative pour les marchés ne se sont pas satisfaits d'un strict légalisme, comme l'estime pourtant le professeur PLESSIX, selon qui « *la fidélité aux sources ne pouvait qu'interdire [aux administrativistes] tout travail de définition* »¹⁶⁸. Le décret du 11 juin 1806 qui attribue au Conseil d'État le contentieux des marchés de fournitures de l'État est parfois cité, sans que les auteurs ne s'y arrêtent comme si son évocation eût suffi à clore les débats. Nous avons plus haut émis une hypothèse expliquant pourquoi à notre sens, les partisans du Conseil d'État n'ont pas mis en exergue ce texte napoléonien. Ces derniers se sont engagés à faire la démonstration du bien-fondé de sa juridiction contentieuse : ils ont préféré – en se gardant d'un héritage impérial malaisé à assimiler – faire apparaître les avantages de cette juridiction en affinant le profil singulier de ces conventions. Cela se comprend d'autant mieux qu'ils se sont évertués à convaincre de l'opportunité d'une telle juridiction, non à en expliciter les fondements légaux. Arguer d'un texte dont la valeur était – de manière implicite – controversée, eût été maladroit, sinon inefficace, voire contreproductif. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que les réflexions développées au sujet des fournitures n'ont pas été le terme de leurs propos. Celles-ci sont demeurées subordonnées à une démonstration qui s'est donné pour objet de

¹⁶⁵ MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 55 (1884), p. 506 (Chambre des députés, séance du 2 juillet 1828).

¹⁶⁶ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. 231.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 732.

légitimer la juridiction contentieuse du Conseil d'État. En cristallisant autour d'elles toutes les ambiguïtés du contentieux administratif, les fournitures ont tout juste été un cas particulièrement disputé. Ce faisant, ces auteurs entreprirent moins un cours de jurisprudence qu'ils en débattirent¹⁶⁹. Ils ont fait voir tous les enjeux sous-jacents à la définition de ces contrats ; ou plutôt ils ont noté que la manière de les appréhender était nécessairement solidaire d'une certaine conception de l'administration. Ceux des administrativistes favorables à ce que les marchés ne fussent pas assimilés aux contrats ordinaires, ont particulièrement mis en valeur l'opportunité qu'il y eût à soumettre la régulation de l'action administrative à un juge spécial qui fût sensible à l'intérêt général, y compris et surtout lorsque l'administration s'associe avec des contractants. Tous les arguments développés au sujet des fournitures y sont solidaires.

95. Cette littérature dont nous avons fait l'étude témoigne sans conteste de l'intérêt et de l'habileté des auteurs à se donner des conceptions sur chacun des chapitres du droit administratif auxquels le Conseil d'État fut intéressé, comme celui des marchés de fournitures. Ceux-là n'ont pas manqué de proposer de part et d'autre des thèses ingénieusement étayées, le cas échéant en se livrant à de profonds développements doctrinaux. Nous ne saurions leur reprocher d'avoir négligé les contrats de l'administration en laissant cette question aux prises avec l'empirisme des praticiens¹⁷⁰. Comme ouvrages de polémique, ils n'ont pas pris la disposition de nos ouvrages universitaires, il est vrai. Cela n'enlève rien de la nature doctrinale des conceptions qui y ont été déployées. L'enseignement du droit administratif en était peut-être à ses prémices¹⁷¹. Une doctrine administrative – et dynamique de surcroît – n'en existait pas moins. Hormis quelques personnalités marginales¹⁷², les protagonistes de ces controverses sur le Conseil d'État furent ou bien des parlementaires, ou bien des hauts-fonctionnaires, ou bien encore des avocats aux

¹⁶⁹ Ce n'est pas dire que cette littérature polémique fut ignorée des juristes, comme si elle eût été confinée hors du droit. La *Gazette des tribunaux* atteste du contraire. La plupart des opuscules et ouvrages précités jusqu'ici (ceux de MACAREL, SIMÉON (fils), ROUTHIER, FICHES, HENRION DE PANSEY, QUÉNAULT, LOCRÉ) y ont été recensés, signalant l'intérêt que les juristes manifestèrent pour les débats intéressant le Conseil d'État. En outre, les *opus* de SIREY, CORMENIN, MACAREL, HENRION DE PANSEY, Victor de BROGLIE même, ont produit une influence indéniable sur la doctrine universitaire qui se développa dans la décennie suivante.

¹⁷⁰ À cet égard, nous nous éloignons de l'opinion du professeur PLESSIX qui déplorait la « *défaillance des publicistes* » dans la conceptualisation d'un droit des contrats administratifs (*L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.* (2003), p. 726). Certes, nulle part il n'est question parmi les auteurs étudiés un *droit* des contrats administratif. Toutefois, il ne faudrait pas en inférer qu'aucune réflexion n'ait été portée sur les contrats de l'administration.

¹⁷¹ Cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public...*, *op. cit.* (2007), p. 439 *sq.*

¹⁷² Nous pensons en particulier à FICHES (avocat) & Vital ROUX, ancien négociant – tous deux précités ; ou bien encore à Pierre-Paul LEMERCIER, ancien banquier (*Du système administratif en France*, Paris, Corréard, 1819).

Conseils¹⁷³. Quoi que tous n'obliquèrent pas leurs réflexions vers les fournitures, relevons qu'une part notable d'entre eux étaient ou ont été membres du Conseil d'État : BROGLIE, CORMENIN, CUVIER, HENRION DE PANSEY, DELAMALLE, HÉLY D'OISSEL, LE GRAVEREND¹⁷⁴, MACAREL, PICHON, PORTALIS, SIMÉON, VATIMESNIL. Tandis qu'HOCHET¹⁷⁵ et LOCRE¹⁷⁶ furent tous deux secrétaires du Conseil d'État. D'autres enfin ont été avocats aux Conseils, tels GARNIER¹⁷⁷, GUICHARD¹⁷⁸, ISAMBERT¹⁷⁹, MACAREL (nommé maître des requêtes qu'en 1830), MARTINEAU¹⁸⁰, MONGALVY¹⁸¹, QUÉNAULT, ROUTHIER¹⁸², SIREY. Si l'on fait fi des parlementaires¹⁸³ et des publicistes¹⁸⁴, et si l'on ne retient que ceux qui ont publié des *opus* significatifs¹⁸⁵, nous pouvons admettre que ces controverses ont essentiellement été le fait d'individus intéressés – dans le meilleur sens du terme – à l'institution critiquée.

¹⁷³ Si nous n'avons pas cité tous les auteurs dont l'énumération suit, tous ont en commun d'avoir traité du Conseil d'État. Certains d'entre eux n'ont évoqué les fournitures que de manière allusive, sinon pas du tout. Leurs doctrines n'en sont pas moins similaires à celles que nous avons explicitées.

¹⁷⁴ LE GRAVEREND Jean-Marie-Emmanuel, *Des lacunes et des besoins de la législation française, en matière politique et en matière criminelle ou Du défaut de sanction dans les lois d'ordre public*, Paris, Béchet aîné, 1824 (2 vol.).

¹⁷⁵ HOCHET Claude-Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État*, *op. cit.* (s. d.). Cette brochure est précédée de cet avertissement : « *Ce Mémoire n'est pas destiné au Public ; il n'a été imprimé que pour la plus grande commodité du très-petit nombre de Lecteurs auxquels l'Auteur se propose de le soumettre* ». Par la démarche singulière de son auteur, cet ouvrage est sensiblement différent des autres : celui-là ne paraît pas avoir souhaité participer aux polémiques sur le Conseil d'État, auquel cas il eût probablement consenti à lui assurer une plus grande audience. Cela dit, il ne manque pas de faire part de son opinion sur le « *Conseil d'État, tel qu'il doit être sous le Gouvernement du Roi* » (p. 9), ni à donner une justification au contentieux administratif (p. 10).

¹⁷⁶ Outre son ouvrage publié sous l'Empire (*Du Conseil d'État...*, *op. cit.*, 1810), il a participé tardivement aux controverses sur le Conseil d'État (*Quelques vues sur le Conseil d'État...*, *op. cit.*, 1831).

¹⁷⁷ GARNIER François-Xavier-Paul, *Du précédent ministère, du ministère actuel, et de la nécessité de réviser nos institutions, notamment la législation relative à la Cour de cassation, aux juges auditeurs, au Conseil d'État, aux conseils de préfecture, aux élections, au mariage des prêtres et au régime municipal*, Paris, Pillet aîné, 1828.

¹⁷⁸ GUICHARD Auguste-Charles, *Notice sur le Conseil d'État, et spécialement sur ses attributions et la forme d'y procéder en matière contentieuse*, Paris, Imprimerie de Porthmann, 1815 & *Dissertation sur les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire*, Paris, Rondonneau, 1818. Le premier opuscule est cela dit moins un ouvrage de polémique que de vulgarisation.

¹⁷⁹ ISAMBERT François-André, « Sur les limites qui séparent le pouvoir législatif du pouvoir réglementaire », in *Recueil complet des lois et ordonnances du royaume à partir du 1^{er} avril 1814*, 1819 & du même auteur, dans le même périodique : « Des arrêts du Conseil » (1822).

¹⁸⁰ MARTINEAU, *Idées sur l'organisation du Conseil d'État*, Paris, Imprimerie Brasseur aîné, 1806. Cet opuscule est l'un des rares qui sous l'Empire discutent de cette institution.

¹⁸¹ MONGALVY Sylvain-Charles-Théodore, *Du Conseil d'État mis en harmonie avec les principes de la Charte constitutionnelle*, Paris, Roret, 1828.

¹⁸² ROUTHIER Guillaume, *De l'organisation du Conseil-d'État en cour judiciaire ; de sa juridiction ; des moyens de la mettre en harmonie avec la Charte et de donner les garanties légales et nécessaires aux justiciables sur les points qui sont en contact avec l'administration publique ; des conseils de préfecture ; et de la nécessité de créer des tribunaux administratifs*, Paris, Renduel, 1828.

¹⁸³ Exceptés quelques rares parlementaires, comme LA ROCHEFOUCAULD, la majeure partie d'entre eux se sont prononcés sur les questions qui nous intéressent au cours des débats parlementaires, dans les hémicycles.

¹⁸⁴ Mentionnons à cet égard d'EYRAUD : *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire*, Paris, Treuttel & Wurtz, 1824 (1^{re} éd., 2 vol.).

¹⁸⁵ Nous avons négligé les articles de presse, faute de pouvoir embrasser une masse documentaire incommensurable. Toutefois Guy RAÏSSAC en a fait l'examen dans sa thèse précitée (*Les controverses relatives à la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1937), p. 136 sq.).

L'Université est peu représentée, sauf peut-être quelques-uns de ses membres élus à la députation, tels PARDESSUS et BAVOUX¹⁸⁶. Autrement c'est à propos du pouvoir judiciaire – faute d'enseignement de droit administratif – que nous trouvons quelques menus propos relatifs au Conseil d'État. Comme par exemple dans l'œuvre renommée du professeur et doyen rennais : CARRÉ¹⁸⁷ ; ou dans celle de son collègue, TOULLIER¹⁸⁸. En conclure que ces débats ont été ceux du Conseil d'État serait excessif. Il ne faudrait pas accorder une prééminence à l'institution, d'autant que plusieurs des auteurs en question ont eu une carrière si diversifiée qu'ils n'y ont été liés qu'épisodiquement. Ceux-là furent à tout le moins le fait *de* membres liés à cette institution – lesquels se sont exprimés en leur nom propre, quelque fois sous anonymat. Ils composeraient en quelque sorte une espèce d'*intelligentsia administrative*. Leur vocation respective les pressait presque – pourrions-nous dire – d'intervenir dans ces débats auxquels leur situation les intéressait (dans le meilleur sens du terme). Cela expliquerait un peu plus que leurs doctrines ne se sont pas enfermées dans l'enceinte d'un droit civil qui en eût tari la fécondité. En administrativistes avisés, ils n'ont pas manqué de s'apercevoir qu'avec les polémiques afférentes au Conseil d'État, ce fut en réalité l'action administrative qui fut mise au débat.

96. **De la critique de la juridiction administrative à la formalisation d'une conception libérale de l'administration (BROGLIE).** – En souhaitant limiter au plus près les dimensions du contentieux administratif, celui-ci s'est donné une représentation des choses par quoi la logistique administrative fût soumise aux mêmes normes que le commerce. Son ambition fut pour ainsi dire de déclasser celles des activités où le gouvernement, en n'étant plus le mandataire de la Loi dont il assure l'exécution, agit nécessairement par des moyens empruntés au droit civil. Son opinion sur les fournitures n'a pas reçu la sanction du droit positif. Cependant, sa doctrine a déposé des germes féconds puisqu'il n'en a pas moins proposé une distinction promise à un bel avenir : celle entre les actes de gestion et les actes d'autorité¹⁸⁹ ; et avec celle-ci, une certaine représentation du droit administratif – qui

¹⁸⁶ BAVOUX François-Nicolas, *Des conflits, ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, Paris, Aillaud, 1828 & quelques années plus tard : *Conseil d'État, Conseil royal, Chambre des Pairs, vénalité des charges, duel et peine de mort*, Paris, Aillaud, 1838.

¹⁸⁷ Cf. parmi son œuvre considérable : CARRÉ Guillaume-Louis-Justin, *Les Lois de l'organisation et de la compétence des juridictions civiles, expliquées par les principes de la théorie, les doctrines des publicistes et les décisions des cours souveraines*, Paris, Warée oncle, 1825-1826 (2 vol.), t. 1, p. 30 *sq.*

¹⁸⁸ TOULLIER Charles-Bonaventure-Marie, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie et la pratique*, Paris, Warée oncle, 1819-1823 (2^e éd., 11 vol.), t. 1 (1819), p. 95 *sq.*

¹⁸⁹ Selon Victor de BROGLIE, il y a le gouvernement comme pouvoir exécutif, qui agit par autorité, et le gouvernement comme administration, qui agit par le biais du droit commun, c'est-à-dire par des actes de gestion justiciable des tribunaux ([BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », in *Revue*

eut d'ailleurs une large audience dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Cette doctrine pourrait relever de ces théories que le professeur TOUZEIL-DIVINA a qualifiées de « *minarchistes-progouvernantes* »¹⁹⁰. Les ressorts de celle-ci tendent à cantonner le pouvoir administratif aux dimensions d'une entreprise et à n'admettre l'exorbitance de ses initiatives que dans les hypothèses où l'administration n'est que l'exécutant du gouvernement agissant pour l'exécution des lois. « *On ne distingue point, ce qui est fâcheux, entre le gouvernement en tant qu'administration proprement dite, et le gouvernement en tant qu'auxiliaire du législateur* »¹⁹¹. Il n'y a, en un sens, aucune action proprement administrative et l'administration est employée à désigner les activités de gestion par lesquelles le gouvernement agit sur le plan du droit civil. À cet égard il n'y a que des opérations d'administration, de gestion, jamais bien différentes de celles réalisées par les particuliers pour l'administration de leurs biens. Cette conception est autant indiquée par l'architecture constitutionnelle du gouvernement représentatif que par le souci de placer l'administration dans une situation où elle pût emporter la confiance du négoce et fonctionner suivant le meilleur rapport économique. Il s'agit, en d'autres termes, de soumettre fermement les entreprises politiques du Gouvernement à la censure parlementaire et d'attribuer aux tribunaux la compétence juridictionnelle pour ce qui relève de l'intendance. Cet auteur fut convaincu que les opérations de gestion ne pouvaient mieux s'exécuter que lorsqu'elles étaient placées sous l'égide de la loi commune. Garantie d'efficacité, car elle place l'administration dans une situation qui excite l'attention qu'elle doit à ses intérêts, par leur entrecroc avec ceux des particuliers ; dans une situation aussi où il lui est plus commode de solliciter le concours de ces derniers. Garantie, enfin, d'un certain libéralisme, dans la mesure où elle réduit le pouvoir administratif à un agent qui se meut dans la société sans aucun privilège qui pût le rendre redoutable. La compétence judiciaire est autant un moyen d'éprouver l'efficacité de l'action administrative par ses contacts avec la société, que de décroiser l'administration.

- 97. De la défense de la juridiction administrative à une appréhension gestionnaire de l'action administrative (HENRION DE PANSEY).** – Aux antipodes de cette thèse, CORMENIN, SIREY, MACAREL, HENRION DE PANSEY pour ne citer que les principaux, se sont attachés à saisir autrement le phénomène administratif. L'action administrative est conçue d'après la spécificité des missions échues à l'administration,

française 1828, VI, p. 67). Cf. dans le même sens : FICHES, *Du Conseil d'État et du contentieux administratif*, op. cit. (1830), p. 24.

¹⁹⁰ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880*, op. cit. (2009), p. 141 sq. Suivant cet auteur, les minarchistes-progouvernants sont « *des libéraux qui, à la différence des tenants de la doctrine libérale originelle et proindividualiste, estiment qu'il est nécessaire que soit reconnue une part minimale et légitime d'interventionnisme étatique dans des secteurs alors qualifiés de régaliens tels que la justice, la défense, la police, etc. (...) [Ce] sont donc des libéraux qui acceptent un interventionnisme minimal public et qui cherchent à le légitimer, le valoriser et le défendre en tenant alors à justifier "l'efficacité de la puissance publique"* » (p. 141-142).

¹⁹¹ ([BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 76.

étant admise la singularité de leur nature¹⁹². « *Il existe un contentieux administratif dans les actes du gouvernement, en tant qu'il gère les affaires de la société* »¹⁹³. Les normes déployées pour soutenir ces activités sont proportionnées aux services dont elles sont l'accessoire – les services publics. Suivant cette perspective, les marchés de fournitures se sont enrichis d'une doctrine propre à rendre compte d'une spécificité qui les distinguât des autres contrats. Ces auteurs ont ainsi dégagé les linéaments d'une action administrative dont la jurisprudence du Conseil d'État avait donné une esquisse. Ce qui est assez différent de ce qu'admet notre théorie générale des contrats administratifs, car cette dernière déploie ses fondements autour d'une analyse intrinsèque du contrat. Les administrativistes précités abordent peu le contrat en tant que tel (lequel ne fait pas débat), mais plutôt le contrat dans son articulation avec l'action administrative. La différence est sensible, puisqu'elle éloigne l'idée d'un régime juridique qui fût exorbitant par la nature des choses. Nous n'en discernons pas moins le dessein de convertir une action administrative jusqu'alors déployée par et pour un régime autoritaire ; d'en justifier la puissance d'exécution non pas comme si elle fût le prolongement d'un gouvernement despotique, mais suivant une finalité qui pût rendre cette singularité convenable avec la forme constitutionnelle de la monarchie, et constituer un étalon pour ajuster la latitude ménagée à l'administration. Cette finalité, ce sont les services publics – l'expression n'est pas rare¹⁹⁴, quoiqu'il ne faille l'entendre comme nous l'employons aujourd'hui. Il s'est donc agi de conserver à l'action administrative les ressorts qui pussent en assurer une efficacité éprouvée, en entérinant une expérience accumulée depuis les premières années du XIX^e siècle¹⁹⁵. Il n'est pas fortuit que cette doctrine se soit développée au sujet des marchés

¹⁹² De ce point de vue, il n'est pas si surprenant de voir le baron LOCRÉ rapprocher le droit commercial du droit administratif (*Quelques vues sur le Conseil d'État*, *op. cit.* (1831), p. 46-47). C'est suivant le même esprit que le baron VILLOT DE FRÉVILLE trouvait opportun – quelques années plus tard – d'« *adopter les institutions qu'exige le développement progressif des intérêts si compliqués qui se manifestent dans les sociétés modernes. C'est par un premier effet de ces nécessités que la juridiction commerciale a pris une place toute spéciale dans le système judiciaire. C'est par un progrès ultérieur qu'une route entièrement distincte s'est ouverte devant la juridiction administrative* » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 86 (1893), p. 32 ; Chambre des pairs, séance du 29 janvier 1834).

¹⁹³ HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État...*, *op. cit.* (1830), p. 29.

¹⁹⁴ C'est en ces termes que, par exemple, s'exprime l'avocat aux Conseils QUÉNAULT, qui à cet égard n'est pas original : « *Loin de ne voir dans les marchés de travaux publics ou de fournitures que des contrats régis par le droit commun dont les tribunaux ordinaires font une journalière application, le législateur a bien compris que ces marchés sont des moyens de pourvoir à des vastes parties de l'administration publique, à des services publics d'une importance et d'une étendue immenses* » (*De la juridiction administrative*, *op. cit.* (1830), p. 40).

¹⁹⁵ Le baron LOCRÉ développa sous l'Empire une conception analogue des marchés de fournitures, indiquant qu'il faut prendre garde d'une chronologie trop découpée, et donc artificieuse. « *Il est nécessaire d'observer qu'il y a cette différence entre les marchés que font ensemble de simples particuliers et ceux des particuliers avec le Gouvernement. (...) Dans les marchés avec le Gouvernement (...) en cas de contestation sur l'étendue de l'engagement, pendant le cours de l'exécution, le Ministre, ou celui qui le représente, est provisoirement le premier et l'unique interprète du contrat, parce qu'il faut, avant tout, que le service public soit assuré. Ce serait une condescendance fort dangereuse pour l'État, que de permettre à un traitant de s'arrêter à chaque pas, jusqu'à ce que la justice administrative ait déterminé l'exacte*

de fournitures, là où la collaboration avec les particuliers, en heurtant les référents civilistes, a obligé à développer des idées originales, mûries par des auteurs qui surent se montrer intelligents envers les contraintes rencontrées par l'administration sans tout lui sacrifier.

- 98. Deux manières de penser la rationalisation de l'action administrative.** – Si les contradicteurs de cette doctrine ont également été sensibles à l'efficacité de l'action administrative, ce fut d'une autre manière. D'ailleurs, ils empruntèrent une terminologie différente en préférant parler de gestion plutôt que d'action, et en conférant au terme « administration » une acception proche de celle usitée en droit civil. Réticents à l'idée qu'il pût exister une juridiction spéciale propre à entretenir des suspicions sur l'impartialité de ses décisions – comme nous l'avons indiqué plus haut –, ils ont souhaité que l'administration se rangeât au même niveau que les particuliers, de sorte qu'elle pût se livrer à un commerce que la confiance réciproque rendrait avantageux¹⁹⁶. Suivant cet aspect des choses, la rationalisation de l'action (ou de la gestion) administrative est essentiellement appréhendée en termes financiers ; et son action, examinée d'après son coût. Sensible à l'économie politique, Victor de BROGLIE concevait une administration régulière comme une administration dont la force résidât dans sa faculté à obtenir facilement le concours des crédits privés, en procédant de la même manière que les particuliers. En associant le corps social à la marche de l'administration¹⁹⁷, il fut question de l'ancrer à la société afin qu'elle ne trouvât pas son principe régulateur en son propre sein. En d'autres termes, de se la représenter en association étroite avec la société. De l'autre bord, cette efficacité a été conçue différemment, spécialement en assimilant les contraintes enserrant l'action administrative. Il s'est agi de porter l'accent sur des considérations irréductibles au droit des obligations qui suppose l'individu comme le meilleur garant de ses intérêts

mesure dans laquelle il doit fournir. (...) Le Ministre agit donc par voie d'ordre et d'autorité, tant que le marché s'exécute. L'affaire ne devient donc forcément contentieuse qu'après la consommation du contrat, et quant au règlement des droits du fournisseur» (Du Conseil d'État..., op. cit. (1810), p. 183-184).

¹⁹⁶ Vers la fin de sa vie, Victor de BROGLIE défendit la même opinion : l'administration n'est jamais plus solide que lorsqu'elle s'associe à l'industrie privée ; que lorsqu'elle s'inscrit dans une société qui « s'appuie naturellement sur la stabilité des choses, et sur le respect des personnes, sur la satisfaction des intérêts et sur la puissance des habitudes. (...) S'agit-il du remaniement des finances ? Les grands capitalistes, confiants dans l'État qui les honore et qui les protège, s'empressent d'associer leur crédit au sien, et de tenir à sa disposition ce levier tout puissant sans lequel rien de considérable ne s'entreprend de nos jours. (...) S'agit-il de l'administration des affaires ? Partout où se rencontre l'aisance, l'indépendance et, à leur suite, le loisir, l'éducation, les lumières, l'État peut choisir » (*Vues sur le gouvernement de la France, ouvrage inédit du duc de BROGLIE publié par son fils*, Paris, Lévy frères, 1870, p. xxxvij-xxxviii).

¹⁹⁷ C'est – nous semble-t-il – dans le même esprit que le conseiller-maître à la Cour des comptes, Alexandre GOUSSARD, proposa d'affermir de nouveau le recouvrement des impôts (*Essai sur les finances, ou Projet de budget pour 1817*, Paris, Delaunay, 1816, p. 51-52). Cf. à cet égard un article précité du professeur KOTT qui a étudié les réformes financières en débat sous la Restauration, et selon qui la volonté de rationaliser les dépenses des administrations a conduit à repenser à la fois l'organisation administrative et les modalités de l'action administrative (« La conception administrative d'un système financier sous la Restauration », in *Revue du Trésor* 2007, n° 2, p. 145-146).

et le mieux à-même d'apprécier exactement ses intérêts¹⁹⁸. C'est-à-dire de mettre en exergue les difficultés rencontrées par un contractant singulier – l'administration publique. Qu'il soit question des difficultés propres aux services publics ou bien de l'aptitude de l'administration à se livrer avec suffisamment d'intelligence à ces opérations. Cela supposait d'admettre que si l'action administrative a un coût, cela est affaire de finances publiques – et donc du gouvernement –, tandis que ses difficultés propres sont toutes d'exécution. Autrement dit, l'action administrative est moins saisie par ce qui la rend possible que par ce qui la rend utile. Les services publics à la satisfaction desquels œuvre l'administration, sont tout à la fois la justification de ses prérogatives que l'étalon qui permet d'en évaluer l'efficacité. Ces prérogatives dont il est question se sont essentiellement résumées en un procédé d'action qui fût spécifique. C'est-à-dire un procédé qui fût indépendant de l'intervention des tribunaux. C'est pourquoi nous pensons que ces thèses sur les marchés de fournitures procèdent moins à la défense d'une administration virtuellement oppressive qu'à la volonté de penser une administration efficiente, dont le principe régulateur se trouvât en son sein – sous l'égide de la juridiction administrative. Il ne s'est pas agi de justifier un privilège de juridiction pour permettre que le Droit fût négligé ; mais de pénétrer l'administration de préoccupations gestionnaires. C'est en ce sens que la juridiction administrative fut conçue comme un moyen d'infuser un contrôle destiné à perfectionner son fonctionnement, en l'éclairant d'une tutelle pénétrante.

¹⁹⁸ C'est cette thèse que nous semble énoncer PORTALIS (père) dans son *Discours préliminaire au premier projet de Code civil* lorsqu'il écrit : « On gouverne mal quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité » (PORTALIS Frédéric (publié par), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par Jean-Étienne-Marie PORTALIS, Paris, Joubert, 1844, p. 53-54).

99. **Conclusion du titre II.** – Les auteurs rapportés dans ce chapitre ont débattu de la juridiction contentieuse du Conseil d'État en confrontant l'administration sous deux points de vue : celui de sa subordination au pouvoir ministériel et celui de la perfectibilité de son action. En l'envisageant préférentiellement sous l'aspect financier, certains ont penché en faveur d'une doctrine où l'administration fût nivelée au même rang que les particuliers, convaincus que les difficultés afférentes étaient liées à une différenciation qui, en la soustrayant au droit commun, entretenait une gestion dispendieuse. D'autres se sont montrés plus sensibles aux contraintes inhérentes à ses attributions, en considérant proprement les modalités de son action plutôt que son emprunte pécuniaire. Dès lors, les premiers ont été enclins à assimiler les marchés de fournitures aux autres contrats du code civil pour les soumettre aux tribunaux, tandis que les seconds les y ont retranchés pour souligner la singularité dans laquelle ses fournisseurs étaient placés pour leur exécution. Ces divergences servirent à argumenter les controverses dont le Conseil d'État fut l'objet. Si les contempteurs de la justice administrative s'efforcèrent de présenter la juridiction contentieuse du Conseil d'État comme une réserve exorbitante, opérée en infraction avec les principes de la charte de 1814, leurs contradicteurs (qui n'arguèrent pas tous des mêmes motifs) craignirent qu'en confrontant l'administration à la censure judiciaire, elle ne fût plus soumise aussi strictement au pouvoir ministériel. Suivant ce point de vue, la juridiction contentieuse du Conseil d'État a été conçue tout à la fois comme une justice compréhensive des difficultés de l'administration, et comme l'organe régulateur d'une discipline administrative. Si bien que les marchés de fournitures n'ont pas seulement été appréhendés comme des contrats – ce que nul ne contestait au demeurant –, mais aussi comme le vecteur d'une action administrative par où le contentieux s'immisce jusque dans l'intimité de la gestion. Victor de BROGLIE et HENRION DE PANSEY ont tous deux été – à la fin des années 1820 – les représentants emblématiques de chacune de ces deux doctrines. Il faut admettre qu'elles furent toutes deux mobilisées à rendre l'administration plus efficiente – encore que l'idée même d'efficacité ne fut pas conçue dans les mêmes termes. L'une misant sur le primat du droit civil, de sorte qu'en y soumettant indifféremment tous les contrats de l'administration, celle-ci fût astreinte à faire un emploi plus réfléchi de ses droits ; l'autre refusant d'appréhender la gestion administrative en des termes exclusivement juridiques empruntés de surcroît au code civil, pour l'articuler à une justice qui, pénétrée des contraintes affectant son action, redressât les écarts plutôt qu'elle ne les sanctionnât abruptement. Ces deux doctrines – qui par un bout touchent à la science administrative – assignent à l'administration deux modernités différentes. Certes, chacune fut aiguillonnée par cette crainte que l'administration ne devînt un pouvoir autonome, au point de rendre son action inopérante et inutile à la société. Pourtant cette inquiétude ne s'est pas représentée pareillement. Les uns ont appréhendé qu'elle ne devînt redoutable en se soustrayant au Droit ; les autres en se

soustrayant au pouvoir ministériel chargé d'en diriger l'action. Ce qui est deux manières de la tenir en obéissance et de penser son efficacité. Aussi les uns – par qui affleure l'influence du modèle politique anglais – ont-ils projeté de la placer en étau entre la censure parlementaire et le jugement des tribunaux. Tandis que les seconds ont souhaité la soumettre à une tutelle qui, pour être plus serpentine et incisive, fût intime à l'administration – une tutelle qui en discernant plus distinctement les ressorts de son fonctionnement, redressât les écarts des administrateurs tout en leur esquissant une norme à suivre. Les auteurs attachés à cette dernière appréhension ont prêté aux marchés de fournitures des aspects qui les rendirent irréductibles aux autres contrats – tels les baux administratifs –, afin que cette tutelle pût embrasser toutes les manifestations de l'action administrative sans borner son emprise toutes les fois où des contrats fussent en cause. C'est pourquoi leur identité fut fermement associée au Conseil d'État qui, au travers de leur contentieux, incarna un moyen de subordonner l'administration non pas en l'astreignant au respect scrupuleux du Droit, mais en accompagnant son action comme un tuteur. L'on voit comment les marchés de fournitures de l'État ont été intéressés à des controverses au travers desquelles la justice administrative ne fut qu'un biais propre à penser la modernité de l'administration.

TITRE III

DE LA NÉCESSITÉ D'UNE HISTOIRE DES LITTÉRATURES ADMINISTRATIVES AVANT D'ENVISAGER UNE HISTOIRE DOCTRINALE (1815-1890)

100. Étant donné que nous nous sommes justifié – dans l'introduction – d'entreprendre une histoire doctrinale des contrats de l'administration, il est nécessaire d'aborder de front la doctrine administrative du XIX^e siècle. Il nous faut exposer au lecteur comment nous la comprenons, afin de préciser par quelle méthode nous l'emploierons. Mal connue, elle se prête facilement à des interprétations biaisées qui, souvent, cautionnent les préjugés que nous entretenons à son sujet. Afin de ne pas nous enfermer dans les problématiques qui orientent la manière de comprendre notre propre doctrine juridique, nous nous avons résolu de comprendre la doctrine administrative dans son sens le plus large, au point de la prendre pour synonyme de littérature administrative. C'est à vrai dire de littératures administratives dont il s'agit de parler, tant le singulier mobiliserait des présupposés inadéquats pour comprendre la doctrine administrative du XIX^e siècle. Celles-là se sont présentées comme un faisceau de discours dont l'énonciation fut contingente de l'édition juridique. Une histoire des médias nous semble avoir manqué jusqu'ici à l'histoire du droit administratif. Non pas que nous serions le premier à être soucieux de ce qui pût influencer sur la formalisation du discours doctrinal. Les travaux historiques réalisés sur les facultés de droit y participent, en les appréhendant comme un pôle institutionnel prédominant dans la circulation des discours savants. D'autres travaux s'efforcent depuis peu à discerner différents genres doctrinaux dont une typologie puisse permettre de porter une appréciation plus mesurée et une confrontation plus intelligente des diverses doctrines. Nous nous gardons de toute prétention par laquelle nous laisserions accroire que nous nous engageons dans une perspective absolument inédite. Bien au contraire, nos développements sont largement tributaires des études déjà réalisées à cet égard, sans lesquelles d'ailleurs nous aurions été en mal de nous familiariser avec le XIX^e siècle. En envisageant la doctrine administrative au point de vue de ses médias, nous avons été soucieux de différencier les ouvrages recensés pour notre sujet. En entreprendre l'analyse et la critique suivant les mêmes canons méthodologiques que nos prédécesseurs, c'eût été répéter leurs conclusions affectées des mêmes défauts. Souvent, les administrativistes du XIX^e siècle sont convoqués et confrontés entre eux sans que leurs ouvrages respectifs n'aient été spécifiés d'après les qualités qui leurs sont propres. Pourtant, nous le faisons

naturellement et presque inconsciemment lorsque nous employons des ouvrages de nos contemporains. Il ne nous viendrait pas à l'esprit de rapprocher un traité d'un memento. Nous intériorisons le fait que leurs auteurs ont poursuivi des desseins spécifiques, au point que leur confrontation serait biaisée sans de nombreuses précautions. S'agissant d'une doctrine dont nous avons perdu le souvenir, nous sommes convaincu de la nécessité de la réinvestir en l'appréciant dans un premier temps à l'aune du *media* qui en conditionne l'expression. Ce n'est qu'ensuite, dans le titre suivant, que nous nous engagerons à y étudier la manière dont les contrats de l'administration y furent traités.

101. Une doctrine sans livres ? des livres sans auteurs ? – Professeur de droit administratif à la faculté de Caen, TROLLEY écrivait dans la préface de son traité :

La France, de 1814 à 1830, fit (...) son éducation constitutionnelle, et commença son éducation administrative, plutôt, il est vrai, dans un intérêt d'opposition que dans un but scientifique¹.

Ces propos nous aident à souligner l'articulation de notre démonstration. En passant de la Restauration à la Monarchie de Juillet, nous privilégions des sources sensiblement différentes. Nous avons dans le chapitre précédant mobilisé une littérature *polémique* afin de comprendre les critiques portées à l'encontre du Conseil d'État. Il faut prendre garde, cependant, à ne pas la marginaliser du reste de la littérature administrative comme si ses ressorts la rendissent autonome. Si les modalités d'énonciation lui sont spécifiques – notamment en ce qui concerne la distance dont l'auteur joue avec l'objet de son discours –, cette littérature n'a pas cessé d'être polarisée à une littérature administrative didactique. Leurs auteurs ont été le plus souvent des juristes engagés dans la pratique du droit administratif, ainsi qu'en attestent les référents déployés dans leurs argumentations. Ils se sont naturellement adressés à un public intelligent au Droit qui, s'en y être restreint, en fut le principal destinataire. Les ouvrages de CORMENIN et de SIREY sur le Conseil d'État en sont deux exemples topiques. Par ailleurs, ces auteurs ont souvent publié d'autres ouvrages, dont le sujet en se prêtant moins à quelques débats controversés, leur a conféré une surface plus lisse, une portée moins grave, une postérité moins rayonnante. Cette littérature qualifiée de polémique ne doit pas être retranchée du reste de la littérature administrative comme si elle eût été un écart insolite ; un mouvement incongru qui la fit voir comme dépareillée. Ce *continuum* est d'autant plus prégnant que l'absence (pour le premier tiers du XIX^e siècle) d'un enseignement universitaire du droit administratif (exception faite de la parenthèse parisienne) rend l'antagonisme pratique/théorie inefficace. Les administrativistes qui se firent auteurs furent des juristes engagés dans leur profession respective, pour qui l'écriture fut une

¹ TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif. Première partie. – Hiérarchie administrative ou de l'organisation et de la compétence des diverses autorités administratives*, Paris, Thorel, 1844-1854 (5 vol.), t. 1, p. x & xiii.

activité satellite. Il est d'ailleurs permis de douter qu'elle fût rémunératrice, hormis quelques cas notables comme SIREY et DALLOZ – lesquels se firent éditeurs. Ces entreprises doctrinales paraissent généralement avoir été comme un sacerdoce qu'ils embrassèrent libéralement. Elles montrent l'intérêt des praticiens pour le droit administratif, à l'instar de ceux qui dispensèrent des enseignements privés à la marge de la faculté². Ces initiatives individuelles se sont attachées à saisir le droit administratif par quelques-unes de ses parties, avec une élévation d'esprit qui s'est toujours prêtée à une meilleure intelligence des affaires³. La littérature administrative du XIX^e siècle – sur laquelle nous souhaitons travailler dans cette partie – en fut le principal *media*.

102. La littérature afférente au Conseil d'État n'est qu'une manifestation parmi d'autres d'une doctrine administrative foncièrement professionnelle, c'est-à-dire une littérature écrite par des initiés pour des praticiens⁴. La manière dont ceux-là composèrent leurs ouvrages se ressent profondément de l'absence d'un espace institutionnel où un enseignement du droit administratif y eût été consacré. Si pourtant, un tel enseignement se développa à partir des années 1830, la littérature administrative conserva cette prégnance praticienne au moins jusque dans les années 1860. Loin d'en minorer la valeur comme si elle eût été nécessairement pauvre parce

² Il exista sous la Restauration un enseignement privé du droit administratif, quoique difficile à apprécier tant les sources sont ténues à son propos. Une annonce publiée à la *Gazette des tribunaux* signale par exemple : « Nous croyons rendre un service à la jeunesse, en annonçant que M. GODART DE SAPONAY, avocat aux conseils du Roi et à la Cour de cassation, autorisé par arrêté du conseil royal de l'instruction publique, se propose, dans le courant du mois de février prochain [de l'année 1826], d'ouvrir des conférences sur le droit administratif, envisagé principalement dans sa partie contentieuse » (*in Gazette des tribunaux* 1825 (29 décembre), n° 52). L'avocat aux Conseils ROUTHIER assura aussi des enseignements analogues (sûrement dans le même cadre) (*cf.* la recension de son ouvrage : *De l'organisation du Conseil-d'État en cour judiciaire* (1828), *in Gazette des tribunaux* 1829 (25 janvier), n° 1080). Un autre article mentionne la tenue d'un cours dispensé par BOUCHENÉ-LEFER (alors avocat), à la première séance duquel CORMENIN, GÉRANDO & MACAREL entre autres auraient assisté (*in Gazette des tribunaux* 1829 (4 février), n° 1088). BOULATIGNIER organisa également des cours (plus tard semble-t-il), dont il rapporte lui-même le souvenir : « [MACAREL, GÉRANDO & CORMENIN] étaient souvent réduits à m'adresser les questionneurs et les adeptes dont ils ne pouvaient satisfaire la curiosité. Je fus ainsi amené à instituer une série de conférences sur l'administration et le droit administratif, qui se tenaient le matin et le soir, de manière à me laisser libre pour le travail de la journée » (Frédéric MARGUERIE : *étude biographique et souvenirs*, Valognes, Imprimerie de V^{te} Carette-Bondessein, [1872], p. 13).

³ En 1837, la *Gazette des tribunaux* publia une « *bibliographie du droit administratif* ». Elle recense pour une période allant jusqu'à 1830 (année exclue) cinquante-cinq titres. Six ont traités au Conseil d'État ou à la discussion de certaines de ses attributions. Le reste traite essentiellement de l'administration communale et ecclésiastique, sinon de ce qui est en rapport avec les biens ou l'industrie (*in Gazette des tribunaux* 1837 (9 novembre), n° 3796).

⁴ Dans l'étude entreprise par le professeur TOUZEIL-DIVINA sur la genèse de la doctrine publiciste, celui-ci a calculé que parmi les cent soixante-sept ouvrages de droit administratif recensés entre 1800 et 1880, 13% d'entre eux ont été le fait d'universitaires. Ce faisant, il y fait remarquer qu'« *il ne faut (...) pas perdre de vue que le public concerné par ces ouvrages était (...) très majoritairement constitué de praticiens, d'avocats et d'administrateurs. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la doctrine universitaire proprement dite y ait été relativement peu importante (au moins quantitativement)* » (*La doctrine publiciste, 1800-1880. Éléments de patristique administrative*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2009, p. 12).

qu'employée à des fins pratiques, il s'agit d'apprécier les différentes expressions qui l'ont structurée depuis l'efflorescence qu'elle a connue sous la Monarchie de Juillet⁵. C'est en épousant les infléchissements qui marquent la fin du premier tiers du XIX^e siècle que nous poursuivons nos développements⁶. Cette période correspond à la pérennisation et à la systématisation d'un enseignement universitaire du droit administratif. Celui-ci en vint à acquérir les proportions d'une discipline juridique qui, pour être dépréciée par les civilistes, bénéficia d'une autonomie toute indiquée par sa spécialité – et le peu d'attrait qu'elle suscita⁷. Les facultés de Toulouse et Caen ont bien connu un tel enseignement sous la Restauration (1829-1830), mais cette expérience fut précipitamment abrégée par la Révolution de Juillet⁸. La faculté de Paris avait depuis peu recouvré sa chaire de droit administratif (1828)⁹, et c'est dans les années 1830 que les « facultés de département » en furent dotées chacune : Poitiers (1832) ; Aix-en-Provence (1835) ; Caen (1836) ; puis enfin Dijon, Grenoble, Rennes, Strasbourg et Toulouse (1838)¹⁰. L'épanouissement de cet enseignement universitaire¹¹ a démultiplié les perspectives de la littérature administrative ; il lui a ajouté une nouvelle destination en lui adjoignant un nouveau lectorat – le lectorat étudiant¹².

⁵ Dès les années 1970, le professeur LEGENDRE en a esquissé le cadre en proposant quelques hypothèses de recherche (« La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français », in *Revue internationale de droit comparé* 1971, n° 23, p. 26 sq.).

⁶ À l'inverse de ce que soutiennent, par exemple, les professeurs FORTSAKIS & TOUZEIL-DIVINA dans leurs thèses de doctorat, le professeur PLESSIX relativise l'impact de l'enseignement universitaire du droit administratif : « À la vérité, l'approche raisonnée et scientifique de la matière n'a jamais été fonction de la présence ou non d'un public étudiant ; elle puise ses racines dans la volonté des légistes royaux et de ceux du XIX^e siècle d'offrir à l'État, l'objet de toutes leurs attentions, un statut juridique destiné à consolider ses fondements » (*L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 361). *A pari* : BURDEAU François, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, P.U.F., 1995, p. 105 sq. & BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, P.U.F., 2002, p. 124 sq.

⁷ Le professeur TOUZEIL-DIVINA note dans sa thèse de doctorat le caractère accidentel des carrières universitaires des professeurs qui embrassèrent le droit administratif dans le premier XIX^e siècle. « Le véritable rejet (certains parlaient même de dégoût) développé par quelques-uns des premiers (et non des moindres) professeurs de droit administratif lorsqu'on leur a demandé d'enseigner cette matière qui leur était inconnue et leur paraissait en conséquence inintéressante et rébarbative » (*Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCART (1799-1860)*, à paraître, p. 11). Cf. du même auteur : *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen FOUCART (1799-1860)* (Poitiers, Université de Poitiers, 2007).

⁸ *Id.*, p. 529 sq.

⁹ *Id.*, p. 488 sq.

¹⁰ *Id.*, p. 513 sq.

¹¹ Bien qu'essentiellement universitaire, celui-ci fut également étendu à quelques grandes écoles comme l'École forestière (1824), l'École des ponts et chaussées (1831) et l'École des mines (1848). Sans oublier l'éphémère École d'administration (1848-1849) (*id.*, p. 556 sq.). Pour une perspective historique d'un enseignement spécial aux administrateurs en France, cf. cet ouvrage du professeur THUILLIER : *L'E.N.A. avant l'E.N.A.* (Paris, P.U.F., 1983).

¹² *A pari* : BURDEAU François, *Histoire du droit administratif...*, *op. cit.* (1995), p. 108-109.

103. Il ne faut pas toutefois en exagérer l'importance. Le nombre d'étudiants inscrits en troisième année de licence a été assez maigre¹³ : quelques centaines en moyenne pour chacune des neuf facultés du royaume¹⁴. Aussi le développement d'une littérature universitaire fut-il conditionné par les bornes étroites d'un marché du livre dont la prévalence allait aux praticiens plutôt qu'aux étudiants¹⁵. Cette observation est au fondement du plan que s'est donné le professeur TOUZEIL-DIVINA dans son examen de la doctrine publiciste :

La doctrine elle-même, à la différence d'aujourd'hui, n'était pas majoritairement constituée d'universitaires mais bien de praticiens. Or, ce qui intéresse le praticien et justifie, pour lui, l'achat d'un ouvrage, ce n'est pas l'exposé d'un hypothétique système ou d'une potentielle théorie juridique. Le praticien recherche la réponse simple, rapide et pratique à la question qu'il se pose. (...) On a trop souvent, croyons-nous, négligé cet aspect matériel des événements en considérant à tort que la doctrine d'après 1870 et d'aujourd'hui (essentiellement universitaire) se comportait comme celle d'avant la III^e République¹⁶.

Cela le fait d'ailleurs s'interroger sur la qualification même de « doctrine », étant donné la prédominance des praticiens sur les universitaires. C'est ce qui l'a résolu à distinguer entre les « *ouvrages fonctionnels (majoritaires) de la doctrine praticienne du droit administratif* » et les « *écrits de la théorie juridique (essentiellement universitaire)* »¹⁷. Nous adhérons pleinement à cette approche, qui au lieu de rapprocher les ouvrages de droit administratif sans discernement comme des écrits désincarnés de toute temporalité, organise l'étude de la doctrine administrative à partir des auteurs et du format de leurs livres – compris comme *media*. Le livre en effet est déterminant pour appréhender sous tous aspects, ce dont est signifiant l'entreprise doctrinale de ces administrativistes. Car il permet de discerner certaines des difficultés qui ont pu

¹³ La chaire de droit administratif fut organisée au seul profit des étudiants en troisième année de licence. Cf. les ordonnances du 19 juin 1828 et 12 décembre 1837, ainsi que l'arrêté correspondant du 5 février 1839 (in BEAUCHAMP Arthur (MARAI de), *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur comprenant les décisions de la jurisprudence et les avis des conseils de l'Instruction publique et du Conseil d'État*, Paris, Delalain frères, 1880-1915 (7 vol.), t. 1, respectivement p. 610, 781 et 811).

¹⁴ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 22. En 1846, il y a eu près de quatre mille sept cents étudiants inscrits en droit, dont plus de trois mille pour la seule faculté de Paris, les autres facultés disposant chacune d'un contingent compris entre cent et quatre cents étudiants (cf. un tableau joint en annexe d'un projet de loi sur les écoles de droit : LABOULAYE Édouard, « Examen du projet de loi sur l'enseignement du droit », in *R.L.J.* 1847, XXVIII, p. 367).

¹⁵ Sur les aspects économiques de l'édition juridique, nous renvoyons aux travaux du professeur MOLLIER (enseignant l'histoire contemporaine et spécialiste de l'histoire de l'édition en France) : « Éditer le droit après la Révolution française » (in MELLOTT Jean-Dominique (dir.), *Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen Âge à nos jours*, Genève, Droz, 2005, p. 137) ; ou du même auteur, les occurrences « Capitalisme d'édition » & « Droit, livre de » (in FOUCHÉ Pascal, PÉCHOIN Daniel & SCHUWER Philippe (dir.), *Dictionnaire encyclopédique du livre*, Paris, Éditions du Cercle de la librairie, 2002-2011 (4 vol.), t. 1, p. 439 et 820).

¹⁶ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 22.

¹⁷ *Ibid.*

compliquer leurs ambitions doctrinales, en obliquant leurs propos en tel ou tel sens¹⁸. L'analyse d'un ouvrage est d'abord celle de son écriture, à laquelle est attiré celle de son support. Avec cela nous devrions encore tenir compte des lecteurs et des lieux de lecture – comme les bibliothèques. En plus d'être une histoire des discours juridiques, l'histoire doctrinale du droit administratif suppose une histoire du livre, élevée autour des protagonistes clefs : l'auteur, l'éditeur, l'imprimeur, le libraire, le lecteur. Elle suppose encore une histoire de la lecture qui s'attacherait à la circulation du livre et à son accès – privilégiant en cela les revues comme un espace de publicité. En somme, l'histoire de la doctrine administrative peut malaisément se passer d'une histoire définie autour de l'économie du livre juridique¹⁹. Il est nécessaire de saisir tout ce par quoi l'écriture juridique est possible, depuis les besoins auxquels elle répond, jusqu'aux conditions matérielles qui en subordonne l'existence.

104. Appréhender la doctrine administrative comme *media*. – À l'instar de l'historien Lucien FEBVRE, nous devons regretter le cloisonnement dans lequel s'est enfermée l'histoire de la doctrine, en délaissant ce qui détermine – ne fût-ce pour partie – l'acte d'écriture.

L'histoire du livre, *terra incognita*. Non que fassent défaut les travaux d'érudition. (...) Mais l'histoire de l'imprimerie n'est que trop rarement intégrée à l'histoire générale. Des historiens « littéraires » peuvent encore dissenter à longueur de journée sur leurs auteurs sans se poser les mille problèmes de l'impression, de la publication, de la rémunération, du tirage, de la clandestinité, *etc.*, qui feraient descendre leurs travaux du ciel sur la terre²⁰.

Il nous semble que l'histoire de la doctrine administrative privilégie trop exclusivement l'histoire des auteurs et de leur influence sur les acteurs du droit – essentiellement le Conseil d'État. Pour être pertinente, cette approche n'explicite pas ce à partir de quoi les discours doctrinaux sont dicibles. La fécondité de la doctrine administrative du XIX^e siècle a été enfermée dans des contraintes indépendantes de l'intelligence des auteurs. CORMENIN le signala en regrettant les dimensions étiques auxquelles l'édition juridique réduisait la littérature administrative. Le *Recueil général des*

¹⁸ Les travaux sur la littérature juridique contemporaine (XIX^e-XX^e siècles) sont pauvres au regard de ceux réalisés sur la littérature juridique moderne (XVI^e-XVIII^e siècles). Cela dit, il faut mentionner le cycle de colloques organisés par l'institut *Dogma* sur le thème « Genres littéraires des juristes et nature du droit », dont certaines allocutions sont reproduites dans la *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique* (n° 31 à 33) ; ainsi qu'un colloque qui s'est tenu en 2013 à l'université Paris-Descartes, sur le thème : « Des traités aux manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire » (cf. CHAMBOST Anne-Sophie (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, Lextenso éditions & L.G.D.J., 2014).

¹⁹ Ceci à l'image de cet ouvrage précité : *Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen Âge à nos jours* (2005).

²⁰ FEBVRE Lucien, Note introductive à l'article d'Henri-Jean MARTIN : « L'édition parisienne au XVII^e siècle : quelques aspects économiques », in *Annales E.S.C.* 1952, p. 309.

arrêts du Conseil d'État n'aurait été édité qu'à fonds perdus (tout du moins jusqu'en 1837 où il rédige l'article) !

Il est (...) vrai de dire que l'écoulement de la librairie ne suffit pas pour que l'on se détermine à entreprendre des livres d'administration. Les 6/8 de ces livres ne couvrent pas leurs frais d'impression. Nous pourrions citer les auteurs, si nous ne craignons pas de mortifier leur amour-propre, quoique, à notre avis, ils ne soient pas engagés dans ceci. Mais il nous suffit de citer un seul exemple, tant il est frappant.

Le *Recueil des arrêts du conseil d'état*, fondement de la jurisprudence administrative, et qui est composé avec méthode, science et précision, sous la direction habile de M. MACAREL, n'a jamais pu atteindre, depuis 15 ans, le chiffre de 300 abonnés, et il ne couvre pas ses frais²¹.

Alfred DES CILLEULS – administrateur à la préfecture de la Seine – notait encore quelques années plus tard :

[Les ouvrages des droit administratif] sont relativement rares, et on ne saurait trop encourager les efforts des hommes qui se dévouent à une tâche aussi ingrate, il faut le dire, puisque leurs œuvres ne s'adressent qu'à un nombre très restreint de lecteurs²².

105. Étudier cette doctrine, c'est rendre compte de la manière dont les administrativistes ont déployé un discours sur le droit administratif en s'accommodant des contingences éditoriales – ou plutôt en se les assimilant ; rendre compte à quels usages ces discours se sont prêtés et à quels lectorats ils se sont offerts. Le livre ne se présente pas au lecteur comme une somme nulle, un espace neutre : il résulte de la conjonction des possibles, fécondés par l'initiative de quelques-uns. En faisant ce geste simple de s'emparer d'un volume entreposé sur le rayon d'une bibliothèque, le lecteur d'aujourd'hui doit tenir compte des vicissitudes qui ont participé à modeler le texte, depuis l'idée de sa conception jusqu'à son impression – voire même (lorsqu'il y eut des rééditions) jusqu'à sa diffusion par les libraires et sa réception par les lecteurs. Il ne faut pas envisager le texte comme une pensée extraite de l'intelligence de l'auteur, comme si – indépendamment de son profil – celle-ci serait projetée sur papier sans qu'elle ne fût altérée en rien. Nous ne sommes pas en mesure d'appréhender également tous les facteurs qui, en s'articulant autour de l'écriture, conditionnent la formalisation des discours juridiques. Une telle entreprise nous détournerait par trop de notre propos. Nous nous attacherons plus modestement à examiner les ouvrages de droit administratif en considération des ambitions qu'ont pu et voulu se donner leurs auteurs ; du public auquel chacun fut destiné ; et, dans une moindre mesure, des possibilités offertes aux auteurs par l'économie du livre. Et

²¹ CORMENIN Louis-Marie (de), « Projet de bibliothèques administratives », in *L'école des communes* 1837, n° 6, 1^{re} §, p. 165. À confronter avec la lecture de deux recensions du *Recueil des général des arrêts du Conseil d'État* qui tendent dans le même sens (in *Gazette des tribunaux* 1839 (15 septembre), n° 4375 & 1843 (12 avril), n° 4990).

²² CILLEULS Alfred (des), Recension du *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative* (2^e éd.), de SERRIGNY, in *Gazette des tribunaux* 1865 (15 avril), n° 11854.

plutôt que de considérer les auteurs et les lecteurs comme deux catégories réellement constituées et grossièrement découpées, nous nous attacherons à affiner chacune en s'attachant à ce qu'elles recouvrent, notamment en insistant sur la diversité des lectorats, et donc sur la diversité des besoins que la littérature administrative s'est efforcée d'épancher. Au lieu cependant de distinguer les « *ouvrages fonctionnels* » des « *écrits de théorie juridique* » comme y invite le professeur TOUZEIL-DIVINA, nous préférons introduire une autre classification qui nous paraît plus adéquate avec l'objet de nos recherches²³. Nous ne cherchons pas seulement à isoler les auteurs qui ont décisivement participé à élaborer un discours doctrinal sur les contrats de l'administration. Car cet exercice est malaisé – voire même aléatoire – si l'on ne tient pas compte de la portée qu'ils ont eu en leurs temps. C'est pourquoi nous souhaitons mettre en perspective leur valeur depuis l'appréciation qu'en ont fait leurs contemporains. Celle-ci nous paraît indispensable pour porter une analyse qui se garde – autant qu'il en est possible – d'une lecture anachronique. En tenant compte de ceux à qui ces discours furent adressés, il nous faut encore examiner comment ils furent médiatisés et évaluer la manière dont ils ont été réceptionnés²⁴. Pour autant que nous parvenions à les identifier clairement, les ouvrages de « *théorie juridique* » furent majoritairement le fait d'universitaires. Leur destination et leur coût de vente en limitait inexorablement la diffusion²⁵. Nombre de praticiens, bien souvent avocats aux Conseils et auteurs d'« *ouvrages fonctionnels* », se sont évertués – de leurs propres aveux – à vulgariser le droit administratif. Ils ont conféré une plus large diffusion aux discours des précédents qu'ils se sont appropriés ce faisant. Le professeur TOUZEIL-DIVINA a proposé de qualifier les premiers de « *primo-théoriciens* »²⁶ et de regrouper les

²³ Pour un exposé synthétique et critique des autres classifications, cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, op. cit. (2009), p. 13 sq.

²⁴ À cet égard, les recensions d'ouvrage ont été un précieux témoignage de la manière dont les ouvrages de droit ont été accueillis par leurs contemporains. Nous avons pour cela dépouillé une quinzaine de parutions sur tout le XIX^e siècle (essentiellement à partir des années 1820) : la *Thémis*, la *Gazette des tribunaux*, le *Droit*, le *Journal des communes*, la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* (dite FÉLIX), la *Revue de législation et de jurisprudence* (dite WOŁOWSKI), la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, l'*Académie de législation de Toulouse*, la *Revue historique de droit français et étranger*, la *Revue pratique de droit français*, le *Bulletin de la Société de législation comparée*, la *Revue générale du droit*, la *Revue générale d'administration* et les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*. À quoi s'ajoutent encore quelques périodiques éphémères : le *Journal général de législation et de jurisprudence* (1820), les *Annales de législation et de jurisprudence* (1829), la *Revue bibliographique et critique de droit français et étranger* (1853-1857).

²⁵ Le professeur TOUZEIL-DIVINA indique que les *Éléments de droit public et administratif* du doyen FOUCART – qui fut l'un des premiers traités sur le droit administratif – furent imprimés à deux cent cinquante exemplaires (pour la première édition, en 1834), quatre cent (pour la deuxième, en 1839), cinq cent (pour la troisième, en 1843) puis six cent cinquante (pour la quatrième et dernière édition, en 1855) (*Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCART (1799-1860)*, à paraître, p. 51). Par comparaison – son précis de droit public et administratif fut publié, de 1844 à 1856, à deux mille exemplaires – ce qui en fit un « succès de librairie » pour l'époque.

²⁶ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, op. cit. (2009), p. 81. « Les primo-théoriciens (...) sont, à la différence des praticiens de la para-doctrine, (...) essentiellement des universitaires qui écrivirent davantage dans un but de divulgation de la connaissance et de véritable systématisation du droit administratif ».

seconds sous l'expression de « *para-doctrine* »²⁷. Cela dit, une telle typologie – encore que la nôtre s'en inspire très largement – ne nous paraît pas de nature à rendre compte de la synergie qui, depuis les théoriciens jusqu'aux praticiens, a lié la genèse des discours doctrinaux avec leur circulation à travers le corps de la communauté des juristes²⁸. L'un et l'autre de ces termes, formulation et consécration, conception et divulgation, doivent être associés dans un même *continuum*, sans distinguer trop rigoureusement entre le premier qui serait teinté de noblesse, et le second entaché d'un prosaïsme dépréciatif. Refuser de les rapprocher, c'est les isoler artificiellement ; c'est rompre les liaisons sans lesquelles la locution « littérature administrative » serait vide de sens. Retrancher certaines littératures administratives de ce que l'on appelle « Doctrine » avec un « D », c'est appréhender la doctrine administrative du XIX^e siècle au sens où nous l'entendons aujourd'hui²⁹. Il s'agit au contraire d'admettre que la doctrine administrative du XIX^e siècle ne peut être comprise de la même manière. D'ailleurs, elle désigne à cette époque plutôt une opinion – au sens où l'on parle volontiers de « doctrine des auteurs ». Elle n'est pas cette représentation que s'en sont faits les universitaires à partir du début du XX^e siècle. Il s'agit en outre d'admettre qu'elle ne peut être conçue de la manière selon le propos auquel on souhaite la prêter. Dans nos développements, c'est comme objet d'histoire qu'elle est saisie, non comme un ressort cognitif. C'est pourquoi nous la prendrons pour synonyme de littérature administrative, sauf à emprunter l'une pour désigner la teneur des discours juridiques, et l'autre, pour désigner le support médiatique. De même, nous étendrons nos investigations jusqu'à embrasser tous les ouvrages de droit administratif destinés aux praticiens ou aux universitaires. Il ne s'agit pas de faire œuvre d'érudition en perdant le lecteur par des détours savants. Il est question de faire nôtre cette idée – déjà formalisée par le doyen FOUCART³⁰ – suivant laquelle « *le droit, comme toutes les études qui ont pour objet l'homme et la société, a trois aspects différents ; il a*

réunissant ainsi à ne pas réduire le droit administratif à sa seule pratique quotidienne ».

²⁷ *Id.*, p. 79. Il désigne par cette expression ces auteurs « *essentiellement praticiens, avocats et administrateurs, qui ont permis par leurs recherches, leurs descriptions, et leurs connaissances, la construction et la réunion d'un corpus juridique administratif, qu'ensuite, seulement, les membres essentiellement universitaires, de "la" doctrine pourront exploiter, critiquer, théoriser* ». Contra BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », in *Rev. adm.* 1997 (n° spécial), p. 13. Selon ce dernier, il n'y eût de véritable doctrine administrative qu'à partir de 1880. « *C'est (...) parce que la jurisprudence administrative n'a pas encore fourni cet aliment minimum que la doctrine n'a pu ou n'a su effectuer son travail de systématisation [avant les années 1850]* » (p. 14).

²⁸ À l'instar d'André-Jean ARNAUD, nous préférons nous donner de la doctrine juridique la plus large acception en y englobant tant les enseignants « *dont le métier est (serait) de présenter de façon critique la matière sur laquelle ils sont chargés de discourir* » que « *les praticiens responsables de l'annotation des textes législatifs ou jurisprudentiels parus dans les recueils spécialisés* » (*Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, P.U.F., 1975, p. 8). Ceux qui, en somme, participent à un titre ou à un autre à orienter les discours doctrinaux – qu'ils les formalisent ; qu'ils leur donnent une impulsion régénératrice ; qu'ils les propagent en leur conférant ce faisant une caution ; *etc.*

²⁹ Cf. MILLARD Éric, « Ce que "doctrine" veut dire », in [collectif], *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010, p. 3.

³⁰ Cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public...*, *op. cit.* (2007), p. 363 *sq.*

un passé, un présent, un avenir. Qui n'embrasse pas la science sous ces trois aspects, n'en voit qu'un fragment et n'est qu'un jurisconsulte incomplet »³¹.

106. Proposition d'une classification des littératures administratives. – Derrière l'uniformité lisse que laisse imaginer la locution « doctrine administrative », celle-ci n'est à notre sens rien moins qu'un tissu de discours juridiques, parfois concurrents, se répondant et réagissant souvent les uns aux autres. Leur audience dépend de la valeur dont leurs contemporains les créditent, à quoi contribuent les relais littéraires qui en assument la médiation auprès d'un vaste lectorat praticien. La réception prétorienne en est certainement le terme et le couronnement de la consécration. Ces « relais » sont une sorte de caution à l'aune desquels s'évalue rétrospectivement la fortune d'une doctrine, sauf – pour elle – à rester circonscrite à un cercle limité d'initiés. Armand DALLOZ le signale d'une manière intéressée lorsqu'il publie son dictionnaire :

Jusqu'ici, la plupart des auteurs, ne remarquant pas assez que l'activité des intérêts privés et des préoccupations sociales éloignait de plus en plus les hommes des sentiers de la science, ont pensé que chacun s'empresserait d'étudier leurs ouvrages, de se rendre leurs théories et leurs divisions familières³².

C'est pourquoi nous tenons – dans le titre prochain – à être sensible à la manière dont chacune des thèses afférentes aux contrats de l'administration ont été véhiculées par ces « relais », que nous pouvons encore nous figurer comme des « nœuds » de la doctrine. Il ne s'agit pas seulement de repérer les différents discours tenus sur notre objet d'étude, mais encore de les apprécier en les organisant d'après leur réception sur le *forum* de la littérature juridique et leur diffusion jusqu'à la masse anonyme des juristes *via* les ouvrages vulgarisateurs, recensions, articles de revue, *etc.* Avant de les interroger, il faut encore pouvoir se faire une idée du genre littéraire auquel ils ont participé afin de confronter leur auteur sans *a priori*. Cela pour se débarrasser en quelque sorte des préjugés qui s'immiscent naturellement lorsque plus d'un siècle nous sépare d'un ouvrage étudié. Il s'agit donc de retenir notre attention sur la doctrine administrative des années 1830 aux années 1890³³. Ce pour saisir l'usage

³¹ LABOULAYE Édouard, « Introduction », in *R.H.D.F.E.* 1870-1871, p. 5. Cf. à cet égard l'article dont le professeur HALPÉRIN a adjoint à une réédition d'un article d'Édouard LABOULAYE : *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir* [1855] (Paris, Dalloz, 2013).

³² DALLOZ Armand (dir.), *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, avec renvoi à la Jurisprudence générale du Royaume, et analyse des auteurs et des discussions des lois, suivi de deux tables, l'une des articles des lois appliquées, l'autre chronologique de toutes les dates des arrêts, lois, ordonnances et décisions, renvoyant non seulement à la jurisprudence générale du royaume, mais encore aux recueils de M. SIREY, du Palais et de M. MACAREL*, Paris, Au bureau de la Jurisprudence générale, 1835-1841 (1^{re} éd., 5 vol.), t. 1, p. vij.

³³ Les années 1830 correspondent, comme nous nous en sommes expliqué plus haut, à la pérennisation d'un enseignement universitaire du droit administratif. Celui-ci a considérablement enrichi la littérature administrative, tant par les manuels que par les traités dont nombre de professeurs en ont été les auteurs.

auquel les administrativistes ont souhaité prêter leur littérature. C'est seulement à cette aune que nous pourrions examiner comment les contrats de l'administration ont été mis en discours. C'est donc pour donner plus de relief à notre démonstration que nous nous donnons notre propre classification ou – pour mieux dire – que nous réajustons la méthodologie et la terminologie proposées par le professeur TOUZEIL-DIVINA.

- 107.** Cette classification est relative à notre étude³⁴. Sa vertu est essentiellement celle d'aider à échafauder notre démonstration. Comme n'importe quel schéma dont l'objet est d'enclore la réalité pour la prêter à quelques interprétations, certains cas particuliers en révèlent la relativité. Sa raison d'être tient aux conclusions de notre thèse. Le principe de son architecture vise à segmenter *opportunément* la doctrine administrative que nous nous représenterons ici comme un circuit discursif, c'est-à-dire comme une succession de types d'ouvrages dont les fonctions propres de chacun autorisent et permettent la formalisation d'un discours doctrinal, puis en assurent la circulation à travers la communauté des juristes pour en garantir la réception. Il ne s'agira pas tant de répartir les ouvrages selon leur valeur scientifique que d'après leurs fonctionnalités, depuis leur élaboration savante jusqu'à leur diffusion – en n'y omettant pas ses rameaux les plus vulgarisateurs. Aussi distinguerons-nous entre : 1° une doctrine compilatrice ; 2° une doctrine universitaire de vulgarisation ; 3° une doctrine praticienne de divulgation ; 4° une doctrine savante de systématisation. La première recouvre les collections et les codifications en tout genre dont l'objet fut de colliger des normes en vue d'en *familiariser* la connaissance – que sont aujourd'hui les codes des éditions Dalloz et Litec par exemple. La seconde – la doctrine universitaire de vulgarisation – a un objet nettement circonscrit : celui d'assister les étudiants dans leurs révisions. Épousant le cadre du programme des examens, elle réduit les cours de droit administratif en abrégés et n'a d'autres préoccupations que celle d'aider à l'*assimilation* des connaissances *académiques*. Leurs avatars modernes en sont les mémentos ou, dans une certaine mesure, les manuels³⁵. La doctrine praticienne de divulgation, quant à elle, vise à percer les arcanes que fait surgir la pratique du droit administratif. Elle s'essaye à *synthétiser* les normes textuelles et prétoriennes ainsi que, le cas échéant, les opinions doctrinales pour proposer des guides au secours des

Les années 1890 désignent une période à partir de laquelle la doctrine administrative s'est métamorphosée en devant plus exclusivement universitaire. Nous reviendrons dans la troisième partie de notre thèse sur les mutations qui nous conduisent à proposer une césure à la toute fin du XIX^e siècle.

³⁴ Sur cette question des typologies à l'aide desquelles il est possible d'appréhender la littérature juridique, cf. un article du professeur HAKIM : « Les genres doctrinaux » (*in* [collectif], *La doctrine en droit administratif*, *op. cit.* (2010), p. 147) ; et plus modestement cet ouvrage des professeurs JAMIN & JESTAZ : *La doctrine* (Paris, Dalloz, 2004, p. 184).

³⁵ Nous voyons bien la difficulté qu'il y a à distinguer catégoriquement manuels, mémentos et traités. Une histoire de cette littérature doit tenir compte avec prudence des acceptions qui ont été préférées selon les époques pour chacun de ces types littéraires. Cf. cet ouvrage précité : *Histoire des manuels de droit...* (2014).

praticiens. Par sa destination, elle n'ambitionne pas de donner une représentation lisse et continue du droit administratif, mais plutôt de le saisir par ses « nœuds ». Elle s'apparente aux jurisclasseurs des éditions LexisNexis ou aux répertoires des éditions Dalloz. Enfin, la doctrine savante de *systématisation* est celle qui, de la plume d'universitaires ou de praticiens – avocats aux Conseils ou membres du Conseil d'État –, s'évertue non pas tant à tout dire du droit administratif, mais à le présenter à l'aide de principes qui en rapprochent chacune des parties, pour le faire voir comme une *science*. Ce sont ce que nous appellerions aujourd'hui les traités. Cette typologie devra nous aider à examiner les discours doctrinaux qui se sont développés sur les contrats de l'administration – ou d'en expliquer l'absence dans tel ou tel ouvrage de droit administratif. Pour cela, nous avons fait le choix d'envisager successivement chacune de ces littératures ; d'en exposer synthétiquement les tenants et les aboutissants ; d'en circonscrire les caractéristiques – ceci sans jamais nous attacher à notre sujet. Cet examen de la doctrine administrative, désengagé pour l'instant de tout biais thématique, nous a semblé indispensable comme préalable à notre étude sur les contrats de l'administration. Dans le tableau reproduit ci-après, nous avons rapporté les principaux auteurs recensés pour le XIX^e siècle, suivant la (ou les) littérature(s) à laquelle (auxquelles) ils ont chacun contribué.

Essai de classification des administrativistes du XIX^e siècle (1800-1890)³⁶

Les auteurs peuvent être mentionnés plusieurs fois. Cette classification ne reflète pas l'importance de leurs apports doctrinaux. Elle indique dans quelle(s) démarche(s) doctrinale(s) ils se sont engagés. Ainsi, E. LAFERRIÈRE est rangé sous la doctrine savante de systématisation, comme un spécialiste du contentieux administratif. Si, par sa portée, son traité dépasse incontestablement cette branche du droit administratif, son propos principal y reste circonscrit.

Sont indiqués entre parenthèses la ville de la faculté où l'auteur professa, ou sinon l'établissement où il enseigna.

DOCTRINE COMPILATRICE	
Compilations générales	Compilations spéciales
BATBIE (<i>Paris</i>) BLANCHET BOUCHENÉ-LEFER DUVERGIER FLEURIGEON GÉRANDO (<i>Paris</i>) JOURDAIN LALOUETTE LOCRÉ RONDONNEAU SOLON VUATRIN (<i>Paris</i>)	CHAUVEAU (contentieux) (<i>Toulouse</i>) COTELLE (travaux publics) (<i>école des P.-Ch.</i>) DUPIN JOURDAIN (compétence) RONDONNEAU SIMON (compétence)

DOCTRINE UNIVERSITAIRE DE VULGARISATION	
Répétiteurs privés	Répétiteurs universitaires
AUMONT BŒUF BOILEUX BOULATIGNIER CHANTAGREL DEGOUY GANDILLOT LE BALLEUR MARIN PELLOT PEZZANI PRADIER-FODÉRE VAQUETTE VAUVILLIERS	BATBIE (<i>Paris</i>) CABANTOUS (<i>Aix</i>) COLIN (<i>Alger</i>) DELOYNES (<i>Donau</i>) DIEUDONNÉ (<i>faculté libre de Paris</i>) FOUCART (<i>Poitiers</i>) GAUTIER (<i>Aix</i>) GOUGEON (<i>Rennes</i>) MARIE (<i>Rennes</i>)

³⁶ Le professeur TOUZEIL-DIVINA a également proposé une classification des administrativistes du XIX^e siècle. Nous y renvoyons pour comparaison (*La doctrine publiciste...*, *op. cit.* (2009), p. 26-29).

DOCTRINE PRATICIENNE DE DIVULGATION		
Dictionnaires	Répertoires	Recueils
BLANCHE BLOCK CARTERET CHABROL-CHAMÉANE DALLOZ DESORMEAUX HUARD-DELAMARRE LAFFON DE LADÉBAT LE RAT DE MAGNITOT PAILLET RONDONNEAU SÉBIRE TARBÉ DE VAUXCLAIRS	BÉQUET CHEVALIER CORMENIN DALLOZ DUFOUR FAVARD DE LANGLADE FUZIER-HERMAN LABORI LEDRU-ROLLIN MACAREL (<i>Paris</i>) MERLIN (de DOUAI) PETIT DES ROCHETTES RIVIÈRE SERRIGNY (<i>Dijon</i>) SIREY SOLON	AUVILLIERS (d') CARETTE CHATIGNIER COTELLE (<i>école des P.-Ch.</i>) DEVILLENEUVE ISAMBERT LEDRU-ROLLIN MACAREL (<i>Paris</i>) PATRIS SIREY

DOCTRINE SAVANTE DE SYSTÉMATISATION	
Droit administratif général	Contentieux administratif
BATBIE (<i>Paris</i>) BONIN BOUCHENÉ-LEFER DUCROCQ (<i>Paris</i>) FOUCART (<i>Poitiers</i>) LAFERRIÈRE (F.) (<i>Rennes</i>) MACAREL (<i>Paris</i>) PORTIEZ (de l'Oise) (<i>Paris</i>) SIMONET TROLLEY (<i>Caen</i>) VIVIEN DE GOUBERT	CHAUVEAU (<i>Toulouse</i>) DARESTE HENRION DE PANSEY LAFERRIÈRE (E.) LOCRÉ MACAREL (<i>Paris</i>) SERRIGNY (<i>Dijon</i>)
Domaines et travaux publics	Marchés et contrats
AUCOC (<i>école des P.-Ch.</i>) BOULATIGNIER CHRISTOPHLE COTELLE (<i>école des P.-Ch.</i>) ENOU (<i>Lyon</i>) HUSSON LECHALAS MACAREL (<i>Paris</i>) PERRIQUET PROUDHON (<i>Dijon</i>)	DOUSSAUD GAUTIER (<i>Paris</i>) JOUVE PÉRIER PERRIQUET

Chapitre premier

La doctrine compilatrice

108. Une littérature abusivement dépréciée de nos jours³⁷. – La doctrine compilatrice du XIX^e siècle pâtit auprès de nos contemporains d'un profond discrédit, lors même qu'elle se perpétue de nos jours comme le fait opportunément remarquer le professeur TOUZEIL-DIVINA³⁸. Bien qu'utiles, les codifications publicistes n'auraient jamais fait qu'incarner « *l'image d'une discipline composite* », en réalisant tout au plus une « *juxtaposition de règles juridiques particulières, plutôt qu'un ensemble cohérent de dispositions dérogeant au droit commun* »³⁹. Plus indulgents, certains ont soutenu qu'« *il est vain de vouloir critiquer l'indigence des anciens publicistes, incapables de faire plus qu'un ennuyeux inventaire de textes* ». D'une part, ce travail d'inventaire des normes eût été un préalable nécessaire à toute entreprise doctrinale. D'autre part, la jurisprudence administrative étant alors « *confuse* », rien de sérieux n'eût été envisageable. « *La doctrine ne pouvait qu'être engainée et décevante* »⁴⁰ étant admis – et cela ne relève pas de l'évidence – que « *pour qu'il y ait doctrine, il faut d'abord que le juge ait un minimum de discours doctrinal* »⁴¹. Le professeur PLESSIX relève ainsi que ces codifications doivent être appréciées comme répondant « *à un élémentaire souci scientifique, [ce] dont les auteurs se firent l'écho en introduction de leurs ouvrages* »⁴². Tel, par exemple, le baron de GÉRANDO qui indiquait ne pas souhaiter « *reproduire une collection entière et complète de toutes les lois portées et de tous les réglemens rendus à toutes les époques, avec tous leurs détails, mais (...) donner (...) au droit administratif des bases positives, une forme simple et une méthode logique* »⁴³. S'il retrancha la doctrine de son ouvrage, ce n'est pas dans l'impuissance qu'il fût placé d'en proposer aucune. « *Un code n'est pas un traité ; un code administratif ne doit point être une exposition de doctrine* » – précise-t-il avec force⁴⁴. Son ambition fut circonscrite à soumettre un

³⁷ Sur la codification du droit public et les codificateurs du XIX^e siècle, voir spécialement cet article du professeur GUGLIELMI : « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au 19^e siècle » (in *Annuaire d'histoire administrative européenne* 1996, n° 8, p. 115), et cet ouvrage du professeur TOUZEIL-DIVINA : *La doctrine publiciste, 1800-1880...* (op. cit. (2009), p. 33 sq.).

³⁸ *Id.*, p. 45.

³⁹ BURDEAU François, *Histoire du droit administratif...*, op. cit. (1995), p. 113.

⁴⁰ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit. (2003), p. 361-362. Il conclut : « *En d'autres termes, à défaut d'une jurisprudence elle-même dotée d'un seuil suffisant de logique et de cohérence, il n'est ni regrettable ni condamnable que les premiers ouvrages de droit administratif aient été des compilations de textes* ».

⁴¹ BIENVENU Jean-Jacques, « Les origines et le développement de la doctrine », in *Rev. adm.* 1997 (n° spécial), p. 16.

⁴² PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit. (2003), p. 361.

⁴³ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, Paris, Nève, 1829-1830 (1^{re} éd., 4 vol.), t. 1, p. 13.

⁴⁴ *Id.*, p. 6.

« *tableau abrégé et systématique* »⁴⁵ de la législation administrative. De même, l'avocat BOUCHENÉ-LEFER n'a envisagé dans son *Droit public et administratif français* qu'une « *STATISTIQUE de la législation présente* »⁴⁶ ; un « *précis exact et méthodique de la législation actuelle* »⁴⁷ afin d'éclairer le législateur dans ses entreprises réformistes. Il s'est seulement agi – et c'est déjà beaucoup pour un seul – d'entreprendre un « *grand-livre de la législation française, en matière administrative et politique* » ou, en d'autres termes, un « *code administratif et politique de la France* »⁴⁸. Le professeur PLESSIX l'évaluait comme un « *Bottin administratif* »⁴⁹, un « *ennuyeux almanach administratif* »⁵⁰. Pourtant, les contemporains qui lui adressèrent des éloges dont nous aurions tort de croire qu'elles fussent laudatives⁵¹. Les *Lois administratives françaises* de BATBIE et VUATRIN en donnent l'illustration quelques décennies plus tard :

Ceux-là qui traitent aussi cavalièrement les travaux de cette nature, ne se doutent pas de la peine qu'ils procurent, et ils seraient bien embarrassés ou penseraient tout autrement si, après leur avoir passé la plume, voire même les ciseaux, on les invitait à se mettre à l'œuvre à leur tour. Assurément ce n'est pas une grande difficulté pour un imprimeur que de reproduire des textes déjà publiés, mais tout le problème est de choisir avec discernement ces textes et de les exhumers des recueils sans nombre où ils sont éparpillés, pour les grouper ensemble et en faire un tout⁵².

109. Apprécier une littérature d'après sa réception. – Les contemporains ont été clairvoyants sur le sens à donner à ces codifications privées. FÉLIX – fondateur et directeur de la *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique* – notait au sujet du *Droit public et administratif français* que « *si M. le baron de GÉRANDO a appelé avec raison Institutes son ouvrage sur le droit administratif français, celui de M. BOUCHENÉ-LEFER en forme les Pandectes* »⁵³. Clairvoyant sur la démarche de ces auteurs, il s'empresse d'indiquer qu'« *on ne doit pas y chercher des exposés théoriques ; ils ne seraient pas à leur*

⁴⁵ *Id.*, p. 13.

⁴⁶ BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Droit public et administratif des français, ou analyse et résultant des dispositions législatives et réglementaires publiées ou non sur toutes les matières d'intérêt public et d'administration ; ouvrage mis au courant des modifications survenues depuis la Révolution de juillet 1830*, Paris, Sédillot, 1831-1840 (4 vol.), t. 1, p. xlv.

⁴⁷ *Id.*, p. x.

⁴⁸ *Id.*, p. xij.

⁴⁹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif...*, *op. cit.*, p. 368.

⁵⁰ *Id.*, p. 388.

⁵¹ Ainsi par exemple, l'avocat aux Conseils TAILLANDIER note à propos du *Droit public et administratif français* de BOUCHENÉ-LEFER qu'il ne devait pas être confondu « *avec ces compilations indigestes que chaque jour voit naître et mourir. (...) Nous croyons que par la sûreté de sa méthode, l'exactitude des textes, l'utilité des matériaux qu'il renferme, cet ouvrage est l'un des plus remarquables qui aient paru depuis long-temps sur la législation française* » (Recension du *Droit public et administratif des français* de BOUCHENÉ-LEFER, in *Gazette des tribunaux* 1835 (31 octobre), n° 3182).

⁵² SOREL Alexandre, Recension des *Lois administratives françaises* de BATBIE & VUATRIN, in *Le Droit* 1876 (16 février), n° 39.

⁵³ FÉLIX Jean-Jacques-Gaspard, Recension du *Droit public et administratif français* de BOUCHENÉ-LEFER, in *R.E.L.E.* 1837, IV, p. 81.

place»⁵⁴. De même, FOUCHER (avocat-général à Rennes) l'apprécia comme constituant « *Code du droit public et administratif* », véritable « *statistique légale de notre droit public et administratif* »⁵⁵. Plusieurs décennies plus tard, Édouard LAFERRIÈRE fit hommage aux *Lois administratives françaises* de BATBIE & VUATRIN en des termes semblables, les annonçant comme « *l'un des vade-mecum de l'administration* »⁵⁶. Pareillement, le conseiller à la Cour de cassation FÉRAUD-GIRAUD présenta le *Code des lois politiques et administratives* des éditions Dalloz comme une entreprise originale dans sa conception, d'autant plus appréciée qu'utile et accessible⁵⁷. Cet exemple est de ceux qui nous incitent à considérer la littérature administrative dans toutes ses manifestations, y compris les plus prosaïques. Ces compilations ne laissent d'éclairer les limites intrinsèques aux ouvrages plus prestigieux, en soulignant les usages auxquels ils sont impropres. Du reste, les analogies tissées avec la littérature privatiste nous procurent quelques indices sur la manière dont ces collections ont été orientées, ou à tout le moins, dont elles furent accueillies par leurs contemporains. Ainsi que le font remarquer les professeurs GUGLIELMI⁵⁸ et TOUZEIL-DIVINA⁵⁹, l'objectif de divulgation et de mise à jour du droit administratif fut la matrice de ces entreprises doctrinales. Ne fût-ce que pour certaines, elles ont moins été l'épure de juristes encore inhabiles devant une science mal connue, qu'elles n'ont résulté d'un mimétisme avec quelques monuments de la littérature judiciaire.

110. Ce n'est pas tant les codes du droit privé qui furent pris comme modèle, que les pratiques de la vie judiciaire qui furent assimilées comme référent. Ceci pour pourvoir les administrativistes d'une bibliothèque qui leur aménageât quelques

⁵⁴ *Id.*, p. 83.

⁵⁵ FOUCHER Victor, Recension du *Droit public et administratif français* de BOUCHENÉ-LEFER, in *R.L.J.* 1835, III, p. 318 et 319.

⁵⁶ LAFERRIÈRE Édouard, Recension des *Lois administratives françaises* de BATBIE & VUATRIN, in *R.L.J.* 1874, p. 64.

⁵⁷ Louis-Joseph-Delphin FÉRAUD-GIRAUD souligna les avantages du code annoté sur les autres genres littéraires alors en concurrence : « *De nombreux travaux ont été publiés sur cette branche de notre droit. Les manuels et les précis peuvent être utiles comme exposés d'organisation et de principes ; mais ils sont complètement insuffisants comme guides. Des traités généraux qui ont eu une juste notoriété ont vieilli ; d'autres ont une valeur réelle et incontestable, mais peut-être n'ont-ils pas tout l'intérêt pratique désirable. (...) Le répertoire publié sous la direction de M. le conseiller d'État BÉQUET devra occuper une place dans les grandes bibliothèques administratives ; mais (...) [il faut] bien reconnaître que de pareils ouvrages, quelle que soit leur valeur, surtout lorsqu'ils portent seulement sur une branche spéciale du droit, ne peuvent être possédés et consultés que par le petit nombre. Je crois que s'il était une forme sous laquelle pût être présenté d'une manière utile et pratique le droit administratif, c'était précisément sous celle de Code annoté. Le texte de la loi est ainsi présenté dans toute sa pureté et sa netteté, et les explications qui suivent en rapprochant de ce texte par des indications sommaires les débats législatifs, la doctrine et la jurisprudence, permettent, en jetant un coup d'œil rapide, de se rendre compte immédiatement des prescriptions législatives et de l'application qu'il y a lieu d'en faire dans chaque cas spécial où on peut se trouver* » (Recension du *Code des lois politiques et administratives* de DALLOZ, GRIOLET (père et fils) & VERGÉ (père et fils), in *Gazette des tribunaux* 1887 (15 janvier), n° 18553).

⁵⁸ GUGLIELMI Gilles-J., « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au 19^e siècle », in *J.E.V.* 1996, n° 8, p. 115.

⁵⁹ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 38 *sq.*

commodités pour la compulsion des normes administratives. Bien que déjà colligées, celles-ci l'étaient dans des recueils hors de la portée du commun – car volumineux, onéreux et donc rares⁶⁰ ; ou l'étaient mal, tant les normes s'y empilaient pour constituer un *imbroglio* qui n'aidait pas le lecteur à savoir lesquelles étaient encore applicables⁶¹. LAFERRIÈRE (fils) rapprochait les *Lois administratives* (précitées) des *Codes français* de Louis TRIPIER qui connurent maintes éditions entre 1848 et 1914 : « *Les administrateurs posséderont désormais (...) un recueil aussi pratique que l'est le Code Tripiér pour les professions judiciaires* »⁶². De même, le *Code des lois politiques et administratives* poursuit la collection des codes annotés des éditions Dalloz⁶³. Au milieu du XIX^e siècle, Adolphe CHAUEAU annonçait son *Code d'instruction administrative* comme un « *complément naturel* » aux *Lois de la procédure civile* du professeur rennais CARRÉ⁶⁴, dont il avait lui-même donné une nouvelle édition après le décès de celui-ci⁶⁵. En se réclamant du génie de CARRÉ dont il s'inspirait, il s'évertua à parfaire les *Lois de la procédure civile* en y ajoutant en quelque sorte un volume supplémentaire : son *Code d'instruction administrative*, qu'il appelle autrement les « *Lois de la procédure administrative* »⁶⁶ et qui « *s'adresse principalement aux hommes de pratique judiciaire, qui ont presque tous l'ouvrage de M. CARRÉ* »⁶⁷.

111. Une littérature connexe à des entreprises doctrinales diverses. – Dans d'autres cas de figure, ces codifications sont comme le segment d'une vaste entreprise doctrinale, à l'instar de celle réalisée par l'avocat aux Conseils SIREY qui publia sur le

⁶⁰ En entreprenant la recension du *Code général français* de DESSENNE (1818-1825, 22 vol.), DU CARROY DE LA CROIX indique qu'avant cette compilation (et celle concomitante de RONDONNEAU), il était nécessaire de partager les recherches entre le *Bulletin des lois*, le *Moniteur*, la collection dite du Louvre (23 vol.) et la collection dite de BAUDOUIN (80 vol.). La législation de l'Ancien Régime était encore plus malaisément accessible (*Thémis* 1820, II, p. 240).

⁶¹ Cf. par exemple l'avertissement des *Institutes* de GÉRANDO (1829), la préface du *Code administratif* de BLANCHET (1839) ou l'introduction du *Code administratif annoté* de SOLON (1848).

⁶² LAFERRIÈRE Édouard, Recension des *Lois administratives françaises* de BATBIE & VUATRIN, in *R.C.L.J.* 1876, p. 71.

⁶³ Placée sous la direction d'Édouard DALLOZ et Charles VERGÉ, cette collection prend naissance avec le code civil (1873-1874), auquel s'ajoutent le code de procédure civile (1876), le code de commerce (1877), le code de l'enregistrement, du timbre, des droits d'hypothèques... (1878), le code pénal (1881), le code forestier (1884). Le code des lois politiques et administratives (1887-1904) en est l'avant-dernier, avant que cette collection ne s'achève par le code d'instruction criminelle (1898-1900) dont la publication fut retardée par des travaux législatifs. Cf. l'avertissement cosigné par les deux directeurs de cette collection au devant du premier volume du *Code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine* (Paris, Au bureau de la Jurisprudence générale, 1873-1874 (2 vol.), t. 1).

⁶⁴ CHAUEAU Adolphe, *Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative contenant, dans l'ordre du code de procédure civile avec des rubriques correspondant aux titres de ce code, les règles de l'instruction devant les tribunaux administratifs, préfets, ministres, conseils de préfecture, Conseil d'État, etc., ouvrage faisant suite aux Lois de la procédure civile* [CARRÉ, 3^e éd.], Paris, Cosse, 1848 (1^{re} éd.), p. i.

⁶⁵ Il mit à jour la troisième (1840-1846) et quatrième édition (1861-1863) des *Lois de la procédure civile* de CARRÉ (1^{re} éd., 1824), avant que Gustave DUTRUC en assume la cinquième et dernière édition (1880-1888).

⁶⁶ *Id.*, p. xxvij.

⁶⁷ *Ibid.*

Conseil d'État un ouvrage synthétique⁶⁸, solidaire d'un recueil prétorien⁶⁹ dont l'on connaît ordinairement la version la plus aboutie⁷⁰. Tel est le cas du code (précité) de CHAUEAU que celui-ci présente explicitement comme une « *élaboration scientifique (...) faisant suite à la compétence et à la juridiction, et peut-être aux ouvrages publiés jusqu'à ce jour sur le droit administratif* »⁷¹.

Lorsque j'ai publié les *Principes de compétence et de juridiction administrative*, la séparation absolue du texte et des notes m'avait paru indispensable pour ne pas noyer des principes nouveaux, hardis quelquefois, et dont l'exposition devait s'enchaîner sans préoccupations doctrinales ou jurisprudentielles. Les hommes de pratique eussent désiré la fusion du texte et des notes. J'ai dû, en donnant un livre destiné surtout à éclairer la pratique, suivre une autre méthode⁷².

C'est aussi la démarche, quelque peu différente il est vrai, de COTELLE – professeur à l'école des ponts et chaussées. Avec le concours de l'avocat aux Conseils CHATIGNIER, il fonde un périodique destiné à rendre compte de la législation afférente aux travaux publics, à quoi il souhaitait ajouter un code des travaux publics. « *Éclairé par des notes historiques et des renvois aux lois et aux décisions formant le dernier état de la législation et de la jurisprudence, (...) [ce code] formera par la suite un ouvrage complet contenant toute la législation des travaux publics, mais réduite à ses éléments essentiels et encore applicables* »⁷³. Ce dernier projet ne semble pas avoir été poursuivi au-delà de la

⁶⁸ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle, ou Notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Cour du Harlai, 1818.

⁶⁹ SIREY Jean-Baptiste & NASSON P.-J. [chef de bureau au Conseil d'État], *Décisions sommaires du Conseil d'État en matière contentieuse, avant et depuis la Charte*, Paris, Cour de Harlai, 1818. Cet ouvrage est assez méconnu. Pour cause, il ne s'y trouve ni à la B.N.F., ni à la Bibliothèque Cujas. SIREY en fait une courte mention à la fin de son *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle* : « *J'avais cru d'abord que je divisais cet ouvrage en deux parties, dont l'une serait de théorie et l'autre de pratique. – Selon ce premier plan, j'aurais joint ici (par forme de seconde partie) toutes les Décisions sommaires du Conseil d'état, en matière contentieuse, depuis 1806 jusqu'à 1818. – Ainsi, le lecteur aurait pu, dans le même ouvrage, comparer les décisions usuelles du Conseil d'état, avec les opinions que j'ai émises sous forme de règles ; – mais j'ai fini par comprendre qu'il n'y avait déjà que trop de notices de décisions ; qu'en ajouter d'autres, et de quoi composer un volume, ce serait fatiguer le lecteur, peut-être même déparer l'ouvrage. – Je crois satisfaire à toutes les convenances d'utilité, en indiquant ici ces décisions sommaires, comme un supplément non indispensable* » (p. 550). Dans la préface à ces *Décisions sommaires du Conseil d'État*, SIREY y ajoute : « *L'auteur a pensé qu'il serait utile de publier séparément ces Décisions sommaires ; la Jurisprudence du Conseil d'état touche de si près à de si grands intérêts, qu'on ne saurait trop la rendre usuelle et même populaire* ». En substance, les arrêts du Conseil d'État y sont reproduits sous de brèves notices, rédigées comme celles du *Recueil Sirey*.

⁷⁰ SIREY Jean-Baptiste, *Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1806, époque de l'institution de la Commission du contentieux, jusqu'à la fin de septembre 1818*, Paris, Cour de Harlai, 1818 (4 vol.) ; suivi d'un cinquième volume publié en 1825.

⁷¹ CHAUEAU Adolphe, *Code d'instruction administrative...*, op. cit. (1^{re} éd., 1848), p. i. Le sous-titre de la seconde édition (1860) de son code indique d'ailleurs : « *Ouvrage faisant suite aux Lois de la procédure civile, à la Compétence administrative...* » ; « *... la Compétence administrative* » désignant ses *Principes de compétence et de juridiction administratives* (1841-1844, 3 vol.).

⁷² Id., p. xxv.

⁷³ COTELLE Toussaint-Ange & CHATIGNIER Louis, *Journal du contentieux administratif et judiciaire des travaux publics, Recueil mensuel contenant les lois, décrets, arrêts du Conseil d'État, de la Cour de cassation et des cours d'appel en matière de travaux publics, de grande voirie, de chemins de fer, de voirie urbaine et vicinale, de navigation, d'usines à eau, de mines, minières et carrières, d'ateliers dangereux et incommodes, de dessèchements et d'irrigations*, etc. etc., Paris, Dupont,

première parution⁷⁴. Solidaires d'autres expressions doctrinales (traités, périodiques), ces codifications procèdent de la volonté de tirer profit des avantages propres aux compilations, en les adjoignant à des ouvrages dont la lecture est complémentaire. Il est question de différencier des genres littéraires pour souligner le caractère de chacun, de sorte qu'en évitant une compénétration des méthodes, aucun ne fût dénaturé. À l'exemple de la *Jurisprudence du Conseil d'État* de SIREY et du *Code d'instruction administrative* de CHAUEAU, ces codifications sont conçues comme un supplément à des ouvrages purement théoriques. Tandis que ceux-ci sont mis en valeur sans rien perdre de leur opérationnalité, celles-ci sont comme un *compendium* plus spécialement destiné à la pratique usuelle des affaires. En ce sens, ces codifications participent d'entreprises doctrinales dans le *continuum* desquelles théorie et pratique se rejoignent, sans que la conjugaison des deux n'aboutisse à la confusion. Dans le même ordre d'idées, GÉRANDO a notamment conçu ses *Institutes du droit administratif* pour étayer ses enseignements ; BOUCHENÉ-LEFER a présenté son *Droit public et administratif français* comme un ouvrage utile au législateur pour l'accompagner dans ses ambitions réformistes. Adossées à un dessein scientifique, ces compilations sont en quelque sorte la réalisation fragmentaire d'une entreprise à l'aune de laquelle leur portée doctrinale se fait mieux sentir. Elles ne se suffisent pas à elles-mêmes ; au contraire elles s'incorporent souvent à un monument scientifique aux fondations duquel elles contribuent.

- 112. Une littérature empreinte d'une richesse doctrinale contrastée.** – Trop souvent décriées pour leur pauvreté doctrinale, ces codifications ne sont pas exemptes de réflexions. Le civiliste toulousain BRESSOLLES reconnaît volontiers que « *dans la hiérarchie littéraire de notre science, il est reçu, et à bon droit, de donner le pas aux ouvrages de théorie, qui exigent de plus grands efforts de raisonnement, tandis que le positif de la pratique gît en une connaissance de textes et en une affaire de mémoire* »⁷⁵. Et pourtant celui-ci admet volontiers que le code de CHAUEAU n'est pas seulement d'utilité « *pratique, mais aussi doctrinale et scientifique dans une certaine mesure* »⁷⁶. Ce dernier l'indique lui-même en précisant que les énoncés de son code résultent d'une synthèse des normes, des jurisprudences et des opinions doctrinales qui ne doit pas tromper le lecteur sur ce qu'elle a de personnelle⁷⁷ :

1848, n° 1^{er}, Introduction, p. 3-4.

⁷⁴ COTELLE Toussaint-Angé & CHATIGNIER Louis, *Code des travaux publics, Recueil des lois, ordonnances et règlements, concernant la grande voirie, les chemins de fer, la voirie urbaine, la voirie vicinale, la navigation, les mines, les usines, les ateliers dangereux ou incommodes, etc., etc., depuis le XVI^e siècle jusqu'à nos jours, avec des éclaircissements historiques et des renvois à la jurisprudence et aux auteurs contemporains*, Paris, Dupont, 1848.

⁷⁵ BRESSOLLES Gustave, Recension du *Code d'instruction administrative* (2^e éd.) de CHAUEAU, in R.C.L.J. 1867, XXXI, p. 379-380.

⁷⁶ *Id.*, p. 380.

⁷⁷ L'avocat aux Conseils REVERCHON se plaît à le remarquer (Recension du *Code d'instruction administrative* (2^e éd.) de CHAUEAU, in *Le Droit* 1861 (19 juin), n° 144). À rebours – le professeur BATBIE regretta que

Très-souvent l'ordonnance elle-même que je cite est la règle sans commentaire ; qu'on ne s'y méprenne pas, la chose jugée est alors mon opinion, quoique je n'aie pas cru devoir ajouter toujours : *avec raison ; telle est mon opinion*, et autres locutions de ce genre. Dans un dictionnaire ou dans un répertoire, on peut citer des arrêts, des décisions, des opinions sans les combattre ; mais dans un ouvrage de doctrine, celui qui écrit (quelque illusion qu'il se fasse) doit se persuader que le lecteur recherche, avant tout, le sentiment personnel de l'auteur⁷⁸.

De même, l'avocat SOREL insistait sur la portée doctrinale de ces compilations lorsque leurs auteurs, en ne se contentant pas d'accumuler pêle-mêle des normes extraites ici et là, s'efforcent de conférer un ordre régulier à une législation administrative hétéroclite : « *On entasse Pélion sur Ossa, et, semblable aux géants de la Fable, il faut que l'esprit, trop souvent dérouté, escalade une masse de textes avant d'arriver à la lumière* »⁷⁹. C'est même ce qui fit l'insuccès des *Institutes* de GÉRANDO auprès des praticiens qui lui reprochèrent « *d'avoir trop suivi les inspirations de son esprit éminemment généralisateur, et de s'être ainsi livré à des divisions et à des subdivisions à l'infini* »⁸⁰. Il ne s'agit pas d'interroger ces codifications au point de vue de l'originalité du discours doctrinal, mais plutôt de s'interroger sur la latitude dont leurs auteurs pouvaient disposer, eu égard à l'orientation éditoriale de leur ouvrage. C'est pourquoi ces compilations sont assez diverses les unes vis-à-vis des autres. Il y a une imprudence à enfermer dans une même opinion une littérature dont la locution générique employée à la désigner – « compilation », « codification », *etc.* –, pour commode qu'elle soit, dissimule l'hétérogénéité des projets scientifiques auxquels elle renvoie. Que la valeur doctrinale de ces ouvrages ait été inégale, nous l'entendons volontiers. En revanche, il nous paraît excessif de les retrancher de la doctrine administrative. Nous en cherchons pas tant à indiquer les ouvrages les plus brillants ou la partie de la doctrine la plus éminente, qu'à examiner la doctrine administrative comme un corpus littéraire dont la richesse s'entraperçoit depuis l'ensemble de ses manifestations. Une approche segmentaire de la littérature administrative ne donnera lieu qu'à un panorama partiel et – pire encore – une analyse tronquée de celle-ci.

113. C'est au demeurant par la résolution même de leurs auteurs que ces codifications sont pauvres de développements purement doctrinaux. Indépendamment du fait que le plan adopté par chacun manifeste nécessairement une réflexion doctrinale sous-

CHAUVEAU mit trop en retrait ses opinions personnelles. « *Trop souvent M. CHAUVEAU s'est borné à un exposé de décrets ou d'auteurs. Cela s'explique par le caractère des lecteurs auxquels l'ouvrage est particulièrement destiné, et peut-être les praticiens ne partageront-ils pas tous le regret que j'exprime ici* » (Recension du *Code d'instruction administrative* (2^e éd.) de CHAUVEAU, in *Gazette des tribunaux* 1861 (5 juillet), n° 10694).

⁷⁸ CHAUVEAU Adolphe, *Code d'instruction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1848), p. xxvij.

⁷⁹ SOREL Alexandre, Recension des *Lois administratives françaises* de BATBIE & VUATRIN, in *Le Droit* 1876 (16 février), n° 39.

⁸⁰ Anonyme, Recension des *Institutes du droit administratif français* (2^e éd.) de GÉRANDO, in *Gazette des tribunaux* 1847 (29 octobre), n° 6340.

jacente incontestable⁸¹, ils se sont trop livrés sur leurs intentions pour que nous puissions leur reprocher ce qu'ils n'ont pas eu l'ambition d'entreprendre. L'essentiel consiste ici à poser que ces codifications privées furent de véritables projets scientifiques – sinon une des concrétisations de ces projets – mûris par des administrativistes soucieux de satisfaire les besoins de leurs contemporains. Il ne faut pas se laisser abuser par la distinction – commode, mais parfois artificieuse – entre pratique et théorique. Ces efforts d'organisation, parfois complémentaires d'un travail de théorisation, véhiculent des réflexions incontestables qui sont en quelque sorte dérobées à la lecture immédiate. Leurs auteurs n'ont pas cherché à offrir un corps de doctrine abstrait de sa cosse fonctionnelle. Ils l'ont plutôt instillé au sein de leur ouvrage, mise à la disposition d'un lectorat praticien presque à son insu. Ces codifications n'ont peut-être pas été le lieu d'une fécondité doctrinale géniale : le cadre, ni la destination ne s'y prêtant. Elles n'en ont pas moins été un support doctrinal essentiel aux administrativistes du XIX^e siècle. Aussi nous paraît-il excessif de les présenter comme une illustration topique de la doctrine administrative de ce siècle. Présenter le *Droit public et administratif* de BOUCHENÉ-LEFER comme « *une caricature du droit administratif du XIX^e siècle* »⁸², c'est – pensons-nous – biaiser la nature même de cette doctrine si diverse par ses aspects, du reste solidaires les uns des autres.

⁸¹ Ceci à l'image des recueils de jurisprudence que les professeurs PLESSIX et TOUZEIL-DIVINA assimilent volontiers à des œuvres « *quasi-doctrinales* », eu égard au travail de pénétration et d'organisation qui y est nécessairement attaché.

⁸² PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif...*, *op. cit.* (2003), p. 368.

Chapitre 2

La doctrine universitaire de vulgarisation

114. Les contemporains tinrent la littérature universitaire de vulgarisation en piètre estime. Les enseignants en premier lieu, ils la mésestimèrent en négligeant ses prétentions pédagogiques, sinon son utilité pratique (**section 1**). Pourtant, le public étudiant fut constamment désireux de disposer d'un appoint utile pour la préparation aux examens. C'est précisément cette fonctionnalité qui a déterminé les caractéristiques de cette littérature. Devant être appréciée à cette aune, sa valeur n'est pas inutile à l'historien qui dispose ainsi d'un biais pour aborder l'enseignement universitaire du droit administratif (**section 2**).

Section première. – Une littérature déconsidérée par ses contemporains

115. **Une littérature affectée de préjugés dépréciatifs.** – La doctrine universitaire de vulgarisation incarne toute entière cette personification :

Le droit administratif, qui éprouve le besoin d'être connu, s'efforce toujours de réduire sa masse et de tromper sur son immensité foncière par l'exiguïté de ses apparences⁸³.

Elle se compose des manuels, résumés, répétitions, précis, *etc.* – autant de compositions qui regroupent des écritures cursives destinées à initier un public étudiant au droit administratif *académique*⁸⁴. Entre les années 1830 et 1890, une vingtaine de ces ouvrages ont été publiés⁸⁵. Il s'agira d'interroger cette littérature en

⁸³ Anonyme, Recension du *Manuel de droit administratif* de GANDILLOT & BOILEUX, in *Gazette des tribunaux* 1840 (29 janvier), n° 4490.

⁸⁴ Cf. à ce sujet cet article du professeur LAVIGNE : « Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1892 » (in *R.H.F.D.* 1985, n° 2, p. 127), ainsi que les travaux doctoraux du professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 122 *sq.*), approfondis au travers de cet article : « Des premiers ouvrages scientifiques de droit administratif du XIX^e siècle. Éléments de patristique des traités aux manuels (1800-1880) ; exhumation d'écrits (traités & manuels) trop tôt inhumés par la République scientifique » (in CHAMBOST Anne-Sophie (dir.), *Histoire des manuels de droit...*, *op. cit.* (2014), p. 219). S'il dépasse les bornes chronologiques de notre période, ajoutons néanmoins cet article du professeur RICHARD : « Des *Répétitions écrites* de CABANTOUS aux *Principes généraux du droit administratif* de JÈZE : évolution de la conception du droit administratif ou transformation formelle des manuels ? » (*id.* p. 201).

⁸⁵ Dans l'ordre chronologique (des années 1830 jusqu'en 1890) et en indiquant entre parenthèses la date de l'édition *princeps* : le *Manuel de droit administratif* de BOULATIGNIER (1831, publié sous l'anonymat) ; l'*Abrégé du droit administratif* de GANDILLOT (1833) ; l'*Examen sur le droit administratif* de DEGOUY (1834) ; le *Manuel de droit administratif* de GANDILLOT & BOILEUX (1839) ; le *Manuel de droit administratif, par demandes et par réponses* de PEZZANI (1839) ; le *Précis de droit public et administratif* de FOUCART (1844) ; le *Résumé de droit administratif d'après le programme du cours de M. MACAREL* par un avocat anonyme (1846) ; le *Cours de droit*

recherchant tout particulièrement ce dont elle porte témoignage. Dans un ouvrage consacré à la genèse académique de la doctrine constitutionnaliste française, M. SACRISTE y explicite qu'avec la prégnance du « *discours civiliste* », le professorat était conçu comme devant dispenser un « *savoir professionnel pratique* » au sein d'établissements conçus comme de « *simples écoles professionnelles fournissant la demande du monde judiciaire et de ses praticiens* ». À l'inverse, « *la systématisation et la rationalisation scientifique [n'étaient] ni un objectif ni une ressource particulièrement prisée au sein des facultés de droit, de sorte que par exemple, la production de travaux écrits – articles, notes de jurisprudence, traités ou manuels – ne constitu[ait] pas un critère d'excellence professionnelle particulièrement valorisé* »⁸⁶. Ces développements s'adressent aux facultés de droit du début de la Troisième République. Cependant, au sujet de l'enseignement universitaire dans le courant du XIX^e siècle, les travaux doctoraux du professeur TOUZEIL-DIVINA tendent aux mêmes conclusions : celui-là fut foncièrement orienté vers une pratique judiciaire, profilée d'après un référent civiliste⁸⁷. Tandis que la production littéraire était appréciée depuis des canons définis par et pour la « *cité judiciaire* »⁸⁸, ceux des ouvrages qui se proposaient de réduire une matière à ses principes élémentaires étaient bien souvent dévalorisés. Méfiants vis-à-vis des vulgarisations trop simplificatrices, nombreux ont été ceux qui ont affiché un scepticisme dépréciatif à l'égard d'une littérature destinée à réduire le droit en un succédané utile aux étudiants. Bien au contraire, l'enseignement du droit devait se porter, selon ces mêmes, à familiariser les théories en en donnant la mesure à la confrontation des cas

administratif de GOUGEON (1847) ; le *Précis de droit administratif* de PRADIER-FODÉRÉ (1853) ; les *Répétitions écrites sur le droit administratif* de CABANTOUS (1854) ; le *Manuel de droit administratif* de VAUVILLIERS (1854) ; le *Droit administratif théorique et pratique* de CHANTAGREL (1858) et du même auteur le *Droit administratif, questionnaire, résumé et supplément* (1859) ; le *Précis du cours de droit public et administratif* de BATBIE (1860) ; le *Résumé de répétitions écrites sur le droit administratif* de BŒUF (1866) ; le *Manuel de droit administratif à l'usage des étudiants* D'AUMONT (1868) ; les *Leçons manuscrites de droit public et administratif* de PELLOT (1869) ; le *Précis de droit administratif* de DELOYNES (1872) ; le *Cours de droit administratif, ou Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires* de GAUTIER (1879-1880, 2 vol.) ; le *Manuel du cours de droit administratif* de MARIN (1879) ; le *Manuel de droit administratif* de DIEUDONNÉ (1883) ; le *Cours résumé de droit administratif* de VAQUETTE & LE BALLEUR (1884) ; les *Éléments de droit administratif à l'usage des étudiants des facultés de droit* de MARIE (1890) ; et le *Cours élémentaire de droit administratif* de COLIN (1890).

⁸⁶ SACRISTE Guillaume, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2011 (issus de ses travaux de thèse (2002) ; université Panthéon-Sorbonne), respectivement p. 32, 39 et 48.

⁸⁷ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public...*, *op. cit.* (2007), p. 74 *sq.* Pour un point de vue plus transversal de l'enseignement universitaire, voir l'ouvrage des professeurs AUDREN & HALPÉRIN : *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e et XX^e siècles)* (Paris, C.N.R.S. Éditions, 2013, p. 75 *sq.*).

⁸⁸ M. SACRISTE désigne par cette expression « *un système d'interrelations (...) qui prend la forme d'un espace institutionnel intégré : la cité judiciaire. À chaque ville possédant une tradition judiciaire correspond ainsi un monde judiciaire relativement autonome dont les institutions les plus importantes sont le barreau, la magistrature, l'avouerie, le notariat et la faculté de droit. C'est au centre de ce système institutionnel, géographiquement localisé, que le modèle d'excellence civiliste situe les facultés de droit ainsi que leurs professeurs* » (*La république des constitutionnalistes...*, *op. cit.* (2011), p. 30).

d'espèces⁸⁹. Loin de prêter la connaissance du droit à des principes géométriques dont la maîtrise permît, par déduction, d'en cerner les applications, ils en défendirent une conception marquée par l'expérience judiciaire. Celle-ci est fondée sur une dialectique de la controverse où les principes ne sont jamais plus équivoques que lorsqu'ils sont ramassés en des formules concises, et ne valent qu'au travers de leurs applications qui permettent d'en discuter la valeur. Le doyen parisien DEMOLOMBE l'exprime parfaitement :

Il ne faut pas avoir beaucoup d'expérience, hélas ! pour reconnaître que les principes eux-mêmes (...) n'ont pas toujours ce caractère éclatant de certitude et d'évidence qui impose la conviction. (...) Il ne suffit (...) pas d'affirmer, il faut démontrer et convaincre ; il ne suffit pas de s'arrêter à ces généralités superficielles, sur lesquelles toutes les opinions paraissent s'entendre au moment même où elles sont le plus profondément divisées... il faut engager la lutte et conquérir par le raisonnement, par la discussion, les vérités dont on poursuit le triomphe ! Or, ce n'est qu'au développement logique des conséquences de chaque principe qu'il est possible de demander ce résultat ; c'est ainsi seulement qu'on peut en apprécier la justesse et la solidité, en mesurer la portée légitime et marquer à chacun sa limite dans ces nombreux conflits, qui mettent à chaque instant aux prises les règles de part et d'autre les plus certaines⁹⁰.

Après Édouard LABOULAYE⁹¹, le doyen poitevin FOUCART s'en fait par exemple l'interprète, lorsqu'il note le discrédit attaché par ses contemporains aux manuels tout en s'essayant à y apporter des tempéraments.

Je n'ignore pas que ces sortes de travaux sont l'objet de quelques critiques. On dit que les précis, étant forcément incomplets, ont pour résultat de donner des idées fausses ; qu'ils favorisent la paresse et exercent la mémoire aux dépens du jugement⁹².

116. Une littérature pédagogique principalement extérieure au corps universitaire.

– Cette déconsidération contribue à expliquer que les auteurs des ouvrages furent pour la plupart d'entre eux avocats, docteurs en droit, voire plus rarement de simples licenciés, tel le répétiteur BOEUF⁹³. Cette littérature est « *dénigrée et assimilée à une simple*

⁸⁹ En 1821, MILLELOT – avocat et docteur en droit – argumentait dans la *Thémis* une critique des ouvrages élémentaires qui se publiaient pour les étudiants. « *Qu'on réfléchisse bien sur le sens de ces mots abrégé, aperçu, idée première. Un aperçu est quelque chose de général, et dès-lors ce ne peut jamais être l'idée la plus simple d'un sujet. D'un autre côté, et le mot seul l'indique, ce n'est pas non plus l'ensemble complet de toutes les idées particulières. Que sera-ce donc pour ceux à qui la matière qu'on veut expliquer n'a pas encore été rendue familière ? Il n'y a pas de milieu ; quelque chose d'inexact et de confus, c'est-à-dire de pire que l'ignorance* » (« Réflexions sur l'enseignement du droit », in *Thémis* 1821, III, p. 79). C'est des critiques analogues qu'adresse ODILON-BARROT au normalien COTELLE, alors professeur de droit administratif à l'École des ponts et chaussées (Recension du *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics* (1^{re} éd.) de COTELLE, in *R.L.J.* 1835, I, p. 300).

⁹⁰ DEMOLOMBE Charles, *Cours de code civil*, Paris, Durand, 1845-1882 (31 vol.), t. 1, p. ij-ijj.

⁹¹ LABOULAYE Édouard, *De l'enseignement du droit en France et des réformes dont il a besoin*, Paris, Durand, 1839, p. 58.

⁹² FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Précis de droit public et administratif, suivi d'une bibliographie indiquant les ouvrages sur le droit administratif, et d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public et administratif*, Paris, Videcoq père & fils, 1844, p. i-ij.

⁹³ Après l'exemple de FOUCART, certains professeurs s'engageront plus tardivement dans cette voie à

source de revenus, sans aucune ambition scientifique » affirme le professeur TOUZEIL-DIVINA⁹⁴. C'est d'ailleurs ce qui conduisit le doyen toulousain BRESSOLLES à déplorer cette attitude des professeurs en général : leur inclination à ignorer une demande estudiantine favorise l'essor d'une littérature para-universitaire dont ils n'ont pas la maîtrise, et dont l'influence sur les études est décisif tant les étudiants les emploient :

Il est fort regrettable que (...) la composition de livres classiques ne soit pas un point d'honneur pour le professorat. Le succès obtenu par des livres de cette nature, quoique provenus d'ailleurs que des Facultés de droit, montre suffisamment qu'ils répondent à un besoin véritable, et que, s'il faut parler finances, ils pourraient devenir une source féconde de revenu pour leurs auteurs⁹⁵.

Le succès des manuels s'explique par un contrôle des connaissances essentiellement organisé sur l'oral, ainsi que s'en désespèrent quelques-uns : « *Tous ces examens sur la mémoire ne sont que des primes aux éditeurs de manuels et de mémentos* »⁹⁶. Bien souvent extérieurs à l'Université, leurs auteurs opposent en outre une concurrence parfois douloureusement ressentie par le corps enseignant⁹⁷. Ce d'après une marginalisation analogue à celle dont peuvent aujourd'hui pâtir les éditions Ellipses et Gualino : s'illustrant essentiellement dans la préparation aux examens, leur activité éditoriale est sourdement dévalorisée par rapport à des éditeurs plus prestigieux comme la maison Dalloz ou la L.G.D.J. Concurrence pédagogique : les répétiteurs permettent aux étudiants d'en rester à des études superficielles en les aidant à se cantonner à l'exigé⁹⁸. Concurrence éditoriale encore : ces ouvrages sont parfois décriés comme stériles au point de vue de la science, lorsqu'ils ne sont pas soupçonnés de plagiat⁹⁹. Du reste,

partir des années 1850 : CABANTOUS, BATBIE, DELOYNES, GAUTIER, etc.

⁹⁴ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, op. cit. (2009), p. 122.

⁹⁵ BRESSOLLES Gustave, Recension des *Répétitions écrites sur le droit public et administratif* (3^e éd.) de CABANTOUS, in *Académie de législation de Toulouse* 1863, XII, p. 186.

⁹⁶ PETETIN Anselme, « De l'enseignement du droit en France », in *Le Droit* 1839 (30 & 31 décembre), n° 311.

⁹⁷ D'autres s'en félicitent comme un biais favorable aux étudiants pour qui les traités, composés pour ceux qui savent déjà le droit, sont inadaptés. « MM. BOILEUX et GANDILLOT n'ont pas l'heureux privilège de siéger à la Faculté de droit, mais depuis quelques années il s'est établi une heureuse concurrence ; les livres destinés à compléter l'enseignement oral, et que nous voyons entre les mains des élèves, viennent indistinctement et des professeurs et d'auteurs étrangers. Il n'y a pas de comparaison à établir entre le Manuel de droit administratif de MM. BOILEUX et GANDILLOT, et plusieurs ouvrages écrits sur le même sujet, les questions de M. CORMENIN et le Dictionnaire de MM. DELAMARRE et MAGNITOT ; ces deux derniers traités supposent des études préalables, ce que le Manuel ne doit pas demander ; son but est d'initier facilement aux secrets d'une science jusqu'alors inconnue, et sous ce rapport la clarté et la méthode qui président au plan de l'ouvrage sont incontestables » (anonyme, Recension du Manuel du droit administratif de GANDILLOT & BOILEUX, in *Le Droit* 1839 (31 juillet), n° 183).

⁹⁸ Parfois jusqu'à la caricature – comme sous la plume de Ferdinand MARIN (docteur en droit) : « L'étudiant qui le lira avec attention, dans les 3 ou 4 jours qui précèdent son examen, gardera, présente à la mémoire, la solution de toutes les questions qui peuvent lui être posées. Ce sera un travail de la dernière heure, très-sûr et très-utile » (Manuel du cours de droit administratif suivi de tableaux synoptiques et d'un résumé, Paris, Marescq jeune, 1879, préface).

⁹⁹ L'avocat MOULIN donne une idée de cette tension à travers une recension du *Manuel des jeunes étudiants en droit et des jeunes avocats* de DUPIN (1835). Il y rapporte des propos que lui a tenus un professeur de droit dont il préserve l'anonymat : « Avec tant de brillantes qualités, comment l'ambition de M. DUPIN ne se contente-t-elle pas de la première place parmi les orateurs, et qu'a-t-elle besoin de courir après le titre d'auteur ? Je ne connais pas d'homme

cela ne concerne pas seulement la doctrine administrative. Dans un fameux manuel qui connut jusqu'à huit éditions en près de vingt ans – peu avant que les *Répétitions écrites* de MOURLON fissent autorité – le magistrat PAILLIET paraît presque s'excuser de composer un tel ouvrage :

Le *Manuel de droit français*, n'est pas le digeste que je prépare et dont je conseille aux jurisconsultes laborieux la composition¹⁰⁰ (...) ; mais tel qu'est le *Manuel*, son succès toujours croissant m'autorise à penser que c'est un livre utile¹⁰¹.

Le succès de ces ouvrages tint en somme à une « *demande estudiantine* »¹⁰² constante qui a autant à voir avec la librairie juridique qu'avec l'enseignement académique. Cette littérature universitaire de vulgarisation touche à l'économie du livre dont elle représente vraisemblablement une part conséquente. Elle touche encore à la pédagogie universitaire en soulignant les lacunes dont le corps professoral fait montre, d'où les tensions qui en résultent avec des auteurs exclus du champ valorisant de l'Université, alors que le succès éditorial (et économique) ne leur fait pas défaut. C'est d'ailleurs à cet égard que le doyen FOUCART prit, le premier, l'initiative – parmi ses pairs – de publier un précis : le professeur TOUZEIL-DIVINA a mis en valeur les préoccupations didactiques qui en furent à l'origine¹⁰³. S'il fut imité par d'autres, tels l'aixois CABANTOUS ou le parisien BATBIE, la prédominance d'auteurs para-universitaires (c'est-à-dire les répétiteurs privés) demeura jusqu'à la fin du XIX^e siècle¹⁰⁴. Elle commença à décliner dans la seconde moitié du XIX^e siècle, et plus encore à l'aube du siècle suivant, lorsque les professeurs conçurent leurs fonctions universitaires comme un vecteur de l'excellence scientifique¹⁰⁵.

qui se soit entouré d'autant de médiocres ouvrages. Ses Manuels ne sont que des compilations mal digérées, écrites en courant, incomplètes, semées d'erreurs qui peuvent donner aux étudiants, auxquels paraissent s'adresser plus particulièrement ces petits traités, de fausses notions, et qui n'ont pas même le mérite d'être au niveau de la science » (in R.L.J. 1836, III, p. 60-61).

¹⁰⁰ L'auteur semble faire référence à un ouvrage qu'il ne publia qu'en 1850 : *Le droit français, présentant, avec concordance et annotations, les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires d'intérêt général et d'application usuelle, en vigueur depuis 1453 jusqu'à ce jour*.

¹⁰¹ PAILLIET Jean-Baptiste-Joseph, *Manuel de droit français*..., Paris, V^e Desoer, 1838 (8^e éd.), p. xvi.

¹⁰² TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880*..., *op. cit.* (2009), p. 122.

¹⁰³ *Id.*, p. 133 & du même auteur : *Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCART*..., *op. cit.* (à paraître), p. 49.

¹⁰⁴ Dans les années 1890, paraît encore le *Manuel élémentaire de droit administratif* (1893) de René FOIGNET (docteur en droit), qui connut plus de vingt-et-une rééditions jusqu'en 1943. Il fut médiocrement concurrencé par le *Précis élémentaire de droit administratif* (1904) de Maurice JOURNÉ (avocat et professeur à l'Institut commercial de Paris), réédité deux fois jusqu'en 1925 ; ainsi que par les *Notions élémentaires de droit administratif* (1907) de Ferdinand BERNARD (avocat).

¹⁰⁵ Le *Précis de droit administratif* (1892) de Maurice HAURIOU en est un exemple topique, près duquel l'on peut ranger le *Manuel de droit administratif* (1909) de Félix MOREAU (professeur à la faculté d'Aix). Du reste, les *Principes généraux du droit administratif* de Gaston JÈZE présentent au regard des dimensions de l'ouvrage les mêmes caractéristiques : près de cent soixante-dix pages dans la première édition (1904), et près de cent cinquante pages) dans la deuxième (1914) ; la troisième, bien plus conséquente, s'apparente davantage à un traité. Cf. l'article (précité) du professeur RICHARD : « Des *Répétitions écrites* de CABANTOUS aux *Principes généraux du droit administratif* de JÈZE : évolution de la conception du droit administratif ou transformation formelle des manuels ? » (in CHAMBOST Anne-Sophie (dir.), *Histoire des manuels de droit*...,

117. L'épure d'un genre littéraire spécialement conçu pour les étudiants. – Les auteurs de manuels – sûrement encouragé en ce sens par leur éditeur – n'ont pas manqué de justifier leur démarche tout en soulignant la modestie avec laquelle ils ont conçu leur entreprise. Plusieurs avertissent le lecteur, comme l'un d'entre d'eux qui met en garde : « *Ce n'est pas un livre* »¹⁰⁶, mais plutôt un condensé spécialement réalisé pour la préparation des examens. Un autre admet : « *Je n'ai point eu la prétention de faire un livre destiné à prendre place à côté des œuvres des maîtres de la science* »¹⁰⁷. En témoignent encore la préface du premier manuel de droit administratif, celui du jeune avocat BOULATIGNIER – élève du baron de GÉRANDO – qui discerne la singularité d'une littérature initiatique.

Il n'y avait pas, à proprement parler, de livre vraiment fait pour être mis entre les mains de jeunes gens novices dans la science, adeptes d'une année, et qui devaient néanmoins paraître pour être examinés. (...)

M. De GÉRANDO promet ce livre désiré par tous les jeunes gens. (...)

Reconnaissons-le cependant, le lumineux ouvrage de M. De GÉRANDO n'est pas ce qu'il faut aux jeunes gens qui se préparent à subir l'examen auquel on a joint la nouvelle matière du droit administratif¹⁰⁸.

Ce qui ne signifie pas que ces ouvrages sont presque toujours insignifiants. Ainsi exemple, PRADIER-FODÉRE – professeur de droit public au collège arménien de Paris – ne manque pas de déployer une pédagogie propre à mettre « *en relief les principes fondamentaux qui dominent et constituent la science administrative* »¹⁰⁹, c'est-à-dire en ciselant « *les linéaments principaux de [cette] science* »¹¹⁰. Outre leur coût, les ouvrages de quelque importance sont trop volumineux pour être appropriés à un public étudiant, puisqu'ils sont pour la plupart destinés à être compulsés par les praticiens pour les besoins de leurs affaires¹¹¹. En plus d'être sommaires, les manuels sont spécifiquement conçus pour les révisions. Leur composition permet d'organiser les connaissances visées par la plaquette de l'examen, sans jamais prétendre à aucune originalité doctrinale. Tel que l'admet le professeur rennais MARIE : « *Ce livre ne contient ni controverses, ni discussions historiques, ni énumération de textes. Tout cela est demeuré*

op. cit. (2014), p. 201). Il faut encore mentionner les manuels conçus pour les étudiants en capacité en droit, conventionnellement titrés : *Éléments de droit public et administratif*. Gaston JÈZE (1910), Henry NÉZARD (1911) et Louis TROTABAS (1933) se sont illustrés à cet égard. Il semble que la faible originalité de ces ouvrages les ait cantonnés dans l'oubli où ils sont tombés depuis.

¹⁰⁶ AUMONT A., *Manuel de droit administratif à l'usage des étudiants*, Paris, Thorin, 1868, préface.

¹⁰⁷ DELOYNES Paul, *Précis de droit administratif, conforme au programme officiel, contenant le texte et le commentaire des lois votées par l'Assemblée nationale dans la session de 1871*, Paris, Cotillon & fils, 1872, p. 1.

¹⁰⁸ [BOULATIGNIER Joseph-Sébastien], *Manuel de droit administratif*, Paris, Fanjat aîné, 1831, p. v-vij (signé : « *Par un avocat à la Cour Royale de Paris, ancien élève de M. de GÉRANDO* » ; mentionné comme étant la seconde édition, la première nous est inconnue).

¹⁰⁹ PRADIER-FODÉRE Paul-Louis-Ernest, *Précis de droit administratif*, Paris, Marescq & Dujardin, 1856 (3^e éd.), p. 11.

¹¹⁰ Anonyme, Recension du *Précis de droit administratif* (4^e éd.) de PRADIER-FODÉRE, in *R.P.D.F.* 1858, VI, p. 189.

¹¹¹ Cf. le chapitre suivant, consacré à la « *doctrine pratique de divulgation* » (chapitre 3, titre III, première partie).

étranger à mon dessein qui est des plus modestes. J'ai cherché uniquement, en effet, à mettre en relief des principes certains et à présenter un ensemble que l'esprit puisse saisir sans fatigue et utilement retenir»¹¹². Le but essentiel est celui d'éviter aux étudiants une « *perte de temps* » en les ménageant de « *travaux inutiles* » et de la lecture d'ouvrages qui, pour être savants, sont « *difficile[s]* [tandis que les étudiants] *ne désire[nt] que l'exigé* [aux examens] »¹¹³.

Ce qui manque et ce qu'il faudrait pour l'étude *sérieusement* élémentaire du Droit administratif, c'est une exposition méthodique et raisonnée des principes généraux de la matière, *se renfermant dans les limites du programme de l'examen*, et devenant pour l'élève un guide qu'il puisse suivre en toute sécurité : ce serait en d'autres termes, pour le Droit administratif, l'œuvre que MOURLON a si heureusement accomplie pour le Code Napoléon¹¹⁴.

D'aucuns sont tout à fait conscients des limites étroites dans lesquelles le programme enferme l'enseignement universitaire du droit administratif. Ils s'y résignent pour ne pas manquer l'objet de leur démarche : celui de réaliser un ouvrage dont la fonctionnalité est rigoureusement dépendante des révisions. D'autant que l'examen de droit administratif est particulièrement redouté, et l'enseignement déprécié.

La portion de l'examen qui comprend le Droit administratif est redoutée de tous.

Ici, en effet, plus de codification. (...) Il faut un soin tout particulier pour ne pas s'y perdre, surtout quand on débute dans l'étude du Droit.

L'élève doit alors, de toute nécessité, ou bien être assidu au cours du professeur de Droit administratif, ou bien s'adresser à un répétiteur rompu depuis longtemps à ces études ingrates et souvent rebutantes¹¹⁵.

C'est sûrement à ce point de vue que la littérature universitaire de vulgarisation présente un intérêt indéniable pour l'histoire du droit administratif, sinon pour celle de son enseignement. Peut-être sont-ils décevants si l'on y cherche des doctrines originales ; ils prennent toute leur valeur lorsque l'on considère à quel point ils sont précieux pour se représenter l'enseignement universitaire.

¹¹² MARIE Jean-François, *Éléments de droit administratif, à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Paris, Larose & Forcel, 1890, p. 1-2.

¹¹³ GANDILLOT René, *Abrégé du droit administratif, contenant les matières de l'examen, suivies de celles qui présentent le plus d'intérêt en dehors de l'exigé, à l'usage de MM. Les étudiants en droit*, Paris, Librairie classique de Joubert, 1833, p. ij-iiij.

¹¹⁴ PELLOT Alexandre, *Leçons manuscrites de droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux et l'explication des matières comprises dans le programme de l'enseignement des facultés de droit et du deuxième examen de licence*, Paris, Marescq aîné, 1869, p. vi. Frédéric MOURLON a publié des répétitions de droit civil pour chacune des trois années de la licence. Celles-ci connurent jusqu'à dix éditions de 1846 à 1896. PELLOT se revendique implicitement de celui-ci et s'il n'intitule pas son ouvrage du même titre de « répétitions », c'est parce que celui-ci est déjà emprunté par CABANTOUS, à propos duquel certains écrivent que ses *Répétitions écrites* correspondent pour le droit administratif à « *ce que notre ami M. MOURLON avait fait si heureusement pour le droit privé, c'est-à-dire (...) condenser à l'usage des étudiants les notions les plus nécessaires et les plus exactes* » (DEMANGEAT Charles, Recension des *Répétitions écrites sur le droit public et administratif* (3^e éd.) de CABANTOUS, in R.P.D.F. 1863, XV, p. 416).

¹¹⁵ BOGELOT G., Recension des *Leçons manuscrites de droit public et administratif* de PELLOT, in *Revue bibliographique de droit et de jurisprudence* 1869, p. 166.

Section 2. – Une littérature conçue pour la révision des examens

118. De l'intérêt de la littérature universitaire de vulgarisation pour l'histoire. –

Quelque intéressée que fût cette initiative éditoriale, celle-ci réagit à une novation académique – que furent la création puis la généralisation des chaires de droit administratif à partir des années 1830. Et cela d'autant plus que la faculté de Paris avait arrêté le programme sur lequel ses étudiants en troisième année de licence devaient être interrogés pour l'examen oral¹¹⁶. En s'astreignant à lui être fidèle, ces manuels sont un précieux témoin de ce que furent les enseignements de droit administratif, ou – à tout le moins – de la manière dont la faculté de Paris les conçut lorsqu'elle en organisa une sanction académique¹¹⁷. Le programme ayant été arrêté par la Faculté, lieu où y primait le « *modèle d'excellence civiliste* » pour reprendre une expression de M. SACRISTE¹¹⁸ et où les réticences à l'enseignement administratif y furent nombreuses comme l'a rapporté le professeur TOUZEIL-DIVINA, le choix des matières sur lesquelles devait porter l'examen fut essentiellement fait en considération des avantages procurés aux enseignements privatistes. D'où la locution « *matières administratives* » qui fit fortune et autour de laquelle s'organisa l'essentiel des critiques dirigées contre la doctrine administrative antérieure aux années 1880. « *C'est à la Faculté même de Paris que cette locution a pris naissance, à titre de division d'apparence facile pour l'enseignement du Droit administratif* »¹¹⁹. Le droit administratif académique fut appréhendé – ne fût-ce qu'à Paris – comme un enseignement annexe aux droits civil et commercial¹²⁰ ; comme un enseignement dont l'intérêt consistait à les alléger de certaines matières secondaires. « *Les nécessités de l'enseignement l'exigent ainsi, et, comme le professeur de Code Napoléon doit se renfermer dans les limites du Code, toutes les lois particulières*

¹¹⁶ L'un des auteurs le rappelle à son avantage : « *La Faculté a bien senti l'impossibilité d'embrasser dans cette épreuve tous les ressorts de l'administration, aussi elle s'est empressée de venir au secours des élèves en restreignant aux points les plus importants les matières sur lesquelles doivent rouler les examens du droit administratif* » (DEGOUY L.-J.-Horace, *Examen sur le droit administratif, ouvrage dans lequel on a traité, avec toute la netteté possible, les matières de la législation sur lesquelles peuvent rouler les examens du droit administratif*, Paris, Pourchet, 1834, p. viij).

¹¹⁷ Le même DEGOUY poursuit dans sa préface : « *Je ne donnerai point ici le PROGRAMME DES MATIÈRES sur lesquelles roulent les examens du droit administratif, parce que j'ai divisé mon livre en autant de chapitres qu'il y a de matières indiquées ; enfin je ferai remarquer que j'ai traité les contributions directes et indirectes, qui ont été ajoutées depuis peu à l'examen* » (*id.*, p. x).

¹¹⁸ SACRISTE Guillaume, *La république des constitutionnalistes...*, *op. cit.* (2011), p. 37 *sq.*

¹¹⁹ DUCROCQ Théophile & MICHEL Henry, *Note sur le titre de cours de matières administratives proposé pour le nouveau cours de droit administratif à introduire dans les études de la licence en droit*, Paris, s. n., 1889, p. 2. Maurice HAURIU fit également mention de cette filiation avec la faculté de Paris en faisant voir – à tort pensons-nous – qu'il s'agissait d'un parti pris doctrinal : « *L'école de Paris, (...) qui représentait l'opinion moyenne, rangeait tout simplement ces règles sous la rubrique : matières administratives ; ce n'était pas très profond comme classification, mais cela avait au moins l'avantage de laisser planer l'idée de l'État sur ces matières, et de préparer les voies à ceux qui y verraient des droits de l'État* » (« *De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII* », in *R.G.A.* 1892, III, p. 19).

¹²⁰ *A pari* : GATTI-MONTAIN Jacqueline, « La didactique [du droit administratif] », in [collectif], *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif français*, Paris, Publisud, 1985, p. 121 *sq.*, spéc. p. 126. Cf. du même auteur : *Le système d'enseignement du droit en France* (Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1987).

sont attribuées au professeur de droit administratif»¹²¹. D'où cette inclination à privilégier les matières en lien avec le droit privé¹²². C'est du reste ce qui conduisit DEGOUY à écrire au frontispice de ses tables, comme pour insister sur l'orientation donnée à cet enseignement : « *De l'objet du droit administratif et des rapports du droit administratif au droit commun* »¹²³. Lorsque dans l'Entre-deux-guerres, la faculté de Paris organisa pour le diplôme d'études supérieures de *droit privé* des enseignements sur les activités industrielles contrôlées par l'administration, elle les intitula « matières administratives »¹²⁴. Cette dénomination est symptomatique de cette pratique académique, par laquelle les enseignements universitaires du droit administratif sont profilés d'après l'utilité procurée aux privatistes.

119. Organiser une littérature conçue pour les étudiants : les « matières administratives ».

– Schématiquement, nous trouvons dans les manuels antérieurs à 1862¹²⁵ une exposition de l'administration publique : les principes qui en organisent la hiérarchie et les garanties attachées à ses agents. Suivent ensuite les « matières administratives » : celles qui intéressent l'état civil (la naturalisation et les changements de noms) ; la vie communautaire (c'est-à-dire la tutelle administrative et particulièrement celle exercée sur les communes) ; la police de la circulation (les voiries routière et fluviale, la police du roulage) ; les activités industrielles et commerciales (l'établissement des usines sur les cours d'eau, la constitution des sociétés anonymes et compagnies financiers) ; les activités rurales (police rurale, relativement à la pâture, la chasse, les récoltes, *etc.*) avec un chapitre particulier sur le régime forestier ; l'usage des biens communs (le domaine public). Lorsqu'un auteur y ajoute quelques autres matières, celles-ci sont du même registre : brevets d'invention et propriété littéraire, police sanitaire, contributions directes et indirectes, *etc.* À partir de 1850, s'y ajoutent fréquemment quelques autres matières : les opérations d'aménagement du territoire (expropriation pour cause d'utilité publique,

¹²¹ DARESTE Rodolphe, Recension du *Cours de droit administratif* (2^e éd.) de DUCROCQ, in R.H.D.F.E. 1864, X, p. 543. Cet avocat aux Conseils regrettait qu'un tel ouvrage comprît en son sein des développements sur la propriété littéraire et les brevets d'invention : « *Ces matières sont de pur droit civil* » (*ibid.*).

¹²² C'est au demeurant suivant cette perspective que l'enseignement publiciste fut aménagé dans les écoles de droit de l'Empire où un enseignement pour « *le droit public français, et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique* » y fut institué par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), suivie du décret du 21 septembre 1804 (in BEAUCHAMP Arthur (MARAIS de), *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur...*, *op. cit.*, t. 1 (1880), p. 137 et 142).

¹²³ DEGOUY L.-J.-Horace, *Examen sur le droit administratif...*, *op. cit.* (1834), p. iij.

¹²⁴ Cf. les programmes des cours de la faculté de Paris (Archives nationales : AJ/16/1781 & 1782). Nous en reparlerons dans le dernier chapitre de la deuxième partie (chapitre 3, titre IV).

¹²⁵ Jusqu'au décret du 31 décembre 1862 (in BEAUCHAMP Arthur (MARAIS de), *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur...*, *op. cit.*, t. 2 (1882), p. 622), aucun programme d'ensemble n'assurait l'unité de l'enseignement administratif à travers les neuf facultés du pays. À propos de l'influence de ce texte sur cette littérature universitaire de vulgarisation, ainsi que sur la contribution du doyen FOUCART à son écriture, cf. : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), respectivement p. 122 *sq.* et p. 233 *sq.*

dessèchement des marais, drainage) et de son exploitation (mines, carrières, *etc.*) ; ou encore les prémices de la législation industrielle à propos desquels le professeur TOUZEIL-DIVINA a souligné ses liens avec le droit administratif académique jusqu'à la fin du XIX^e siècle (brevets d'invention, marques de fabrique, propriété littéraire et artistique, établissements dangereux, incommodes et insalubres)¹²⁶. Le décret du 31 décembre 1862 qui définit un « *programme officiel et national de droit administratif* »¹²⁷, porte seulement l'accent sur quelques matières dont l'intérêt est rehaussé : tels l'expropriation pour cause d'utilité publique, la séparation des autorités judiciaires et administratives, ou encore l'appel comme d'abus. Les manuels postérieurs à cette date s'y sont adaptés sans aucune – ou presque – autre novation. Du point de vue de la terminologie, il y est toujours question des « *matières administratives* »¹²⁸, quoique certains préfèrent parler de « *lois administratives* »¹²⁹, de « *réglementations administratives* »¹³⁰ ou bien de « *questions administratives* »¹³¹.

120. Les « matières administratives » ne nous semblent pas résulter de l'inaptitude des administrativistes à concevoir d'autres typologies que celles fondées sur la méthode de l'inventaire. Quelques auteurs s'en justifient même¹³², en déplorant les contraintes dans lesquelles ils sont pris :

Les lois administratives, dans leur ensemble, peuvent parfaitement se plier à l'une quelconque de ces classifications ; la meilleure serait la plus claire ; plus tard nous aurons donc à choisir, mais sans attacher à ce choix beaucoup d'importance, le programme étant limité à certaines matières déterminées.

Nous suivrons donc la division généralement adoptée¹³³.

Non sans parfois quelques critiques, dissimulées derrière un scepticisme ostensible :

Nous n'avons adopté ni la forme dogmatique d'un cours, ni ces divisions philosophiques dont on a peut-être trop abusé dans ces derniers temps ; nous avons cherché à tenir le milieu entre la sécheresse d'une nomenclature, et cette abondance inutile de détails qui rebute l'attention en fatiguant l'esprit.

D'ailleurs, depuis la publication du livre où M. [Firmin] LAFERRIÈRE, à l'aide de classifications ingénieuses et profondes, a si parfaitement développé les principes, tout ouvrage sur l'administration ne pourrait plus

¹²⁶ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier... au droit du travail », in TOUZEIL-DIVINA Mathieu & SWEENEY Morgan (dir.), *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ? Influences, convergences, harmonisations*, Le Mans, Éditions l'Épilogue, 2012, p. 9.

¹²⁷ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 123.

¹²⁸ Cf. les *Éléments de droit administratif* de Jean-François MARIE (1890).

¹²⁹ Cf. les *Leçons manuscrites de droit public et administratif* d'Alexandre PELLOT (1869) & le *Cours résumé de droit administratif* de VAQUETTE & LE BALLEUR (1884).

¹³⁰ Cf. le *Manuel du cours de droit administratif* de Fernand MARIN (1879).

¹³¹ Cf. le *Manuel de droit administratif* d'AUMONT (1868).

¹³² Cf. par exemple les notes préliminaires du répétiteur CHANTAGREL où celui-ci ponctue : « *C'est la division généralement adoptée* » (*Droit administratif théorique et pratique*, Paris, Masson, 1858 (1^{re} éd.), p. 2).

¹³³ PELLOT Alexandre, *Leçons manuscrites de droit public et administratif...*, *op. cit.* (1869), p. 5.

être, au point de vue général, qu'une reproduction plus ou moins déguisée des œuvres de nos grands auteurs¹³⁴.

L'ordre alphabétique adopté par certains est assumé comme un moyen de simplifier la consultation ; et un moyen qui plus est valorisant avec la concurrence éditoriale¹³⁵. Cela étant, d'aucuns admettent volontiers la pauvreté scientifique de leur méthode, jusqu'à se désespérer des préjugés dont le droit administratif pâtit chez les étudiants¹³⁶ – quelques fois en affichant leur propre désabusement :

Espérer rendre attrayant le Droit administratif eût été un espoir chimérique. Nous ne l'avons pas eu¹³⁷.

Par ailleurs, leurs contemporains ne furent pas dupes de la pauvreté scientifique de cette méthode d'exposition, sans pour autant cesser d'en apprécier les avantages pratiques¹³⁸. En somme, ces « matières administratives » sont l'apanage d'une littérature qui s'y attacha pour trois raisons : 1° la détermination de l'examen en droit administratif par la faculté de Paris inclina leurs auteurs à le serrer au plus près afin d'aider au mieux les étudiants dans leurs révisions¹³⁹ ; 2° la manière dont le droit administratif *académique* fut envisagé lui conserva un caractère hétéroclite, essentiellement déterminé par sa complémentarité avec les droits civil et commercial ; 3° le désintérêt des étudiants pour cet enseignement incita jamais leurs auteurs à entreprendre quelques novations subversives, vraisemblablement contraints en ce sens par les éditeurs.

- 121. Une littérature façonnée par les contraintes académiques de l'enseignement universitaire du droit administratif.** – Si nous ne négligeons pas les contraintes académiques et les intentions prosaïques des auteurs qui contribuèrent à cette littérature – lesquels n'ont eu aucune velléité de faire un ouvrage savant –, nous voyons une discipline universitaire profondément estampillée par le cadre institutionnel au sein duquel elle s'est développée. Tel qu'il fut circonscrit par le

¹³⁴ VAUVILLIERS Émile, *Manuel de droit administratif, contenant, outre les principes généraux de ce droit, l'exposé complet de l'état actuel de l'Administration au point de vue de la Constitution de 1852, du Décret de Décentralisation administrative, de la Loi du 10 juin 1853, etc.*, Paris, Cotillon, 1854, p. vij.

¹³⁵ Cf. par exemple le *Droit administratif théorique et pratique* du répétiteur CHANTAGREL, lequel adopte l'ordre alphabétique dans la seconde édition (1859), en contraste avec la première (1858).

¹³⁶ Cf. par exemple les préfaces des *Leçons manuscrites de droit public et administratif* d'Alexandre PELLOTT (1869) et du *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires* d'Alfred GAUTIER (1879).

¹³⁷ DIEUDONNÉ Alfred, *Manuel de droit administratif à l'usage des étudiants en droit et des candidats aux diverses administrations publiques*, Paris, Chevalier-Marescq, 1883, p. vi.

¹³⁸ Cf. par exemple ce qu'en dit l'auteur d'une recension du *Manuel du cours de droit administratif* de MARIN (*in* R.G.A. 1879, II, p. 129).

¹³⁹ Nous ignorons si, avant 1862, les facultés de province ont adopté ce plan d'examen. Toutefois, il n'est pas surprenant que les auteurs de manuels s'y soient attachés de préférence à tout autre, étant donné les effectifs autrement plus considérables de la communauté estudiantine parisienne (laquelle représente, en 1846, 67% des étudiants inscrits en droit).

programme des examens, le droit administratif apparaît comme une espèce d'excroissance de l'enseignement privatiste. Ainsi marqué par l'hégémonie civiliste qui organisait les facultés de droit, cet enseignement a été conçu comme un accessoire aux droits civil et commercial¹⁴⁰. Il s'agit moins d'exposer les ressorts de l'administration publique – auxquels par exemple ressortissent les marchés publics –, que les prérogatives par lesquelles celle-ci agit sur l'environnement juridique des individus. Le professeur aixois GAUTIER est certainement celui qui, le mieux a assimilé cette approche en lui donnant son expression pédagogique la plus aboutie. Ainsi subdivise-t-il son précis en deux volumes (1879-1880) dont l'un est entièrement consacré aux « *matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires* » (suivant l'intitulé même)¹⁴¹ ; le second l'étant aux matières en relation avec le droit public. Nous ne sommes pas convaincu que la « *nomophilie* »¹⁴² et la culture exégétique¹⁴³, à quoi certains ajoutent la fidélité à la tradition des répertoires de l'Ancien Régime¹⁴⁴, expliquent tout à fait cette littérature universitaire articulée autour des « matières administratives ». Certains administrativistes s'en sont dégagés sans encombre lorsqu'il s'est agi de réaliser autre chose qu'un manuel aride – tels FOUCART, LAFERRIÈRE (père), DUCROCQ ou BATBIE. Le support académique par lequel le droit administratif s'est développé l'a – nous semble-t-il – informé d'une manière décisive. La généralisation et la pérennisation de l'enseignement du droit administratif dans les années 1830 a, certes, participé à légitimer le droit administratif comme discipline académique – non sans difficultés au demeurant. Cette réception universitaire lui a par ailleurs communiqué certains de ses caractères, dont la prévalence du modèle civiliste : il a été de ces enseignements qui « *servent au droit civil de complément et de cortège* »¹⁴⁵. Son enseignement a incontestablement accéléré le nombre des publications. Il a aussi orienté certaines d'entre elles – particulièrement les manuels et ouvrages du même genre – suivant une perspective par laquelle le droit

¹⁴⁰ De cette hégémonie du droit civil, et corollairement du prestige qui y est attaché, nous en avons une illustration lorsque le professeur TOUZEIL-DIVINA précise les raisons qui ont conduit les premiers professeurs de droit administratif à embrasser cette nouvelle discipline académique : souvent prosaïques, contingentes voire accidentelles, elles tiennent rarement à l'intérêt porté pour cette matière qu'ils ont, du reste, rarement suivie en tant qu'étudiant (*Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public...*, *op. cit.* (2007), p. 535).

¹⁴¹ Rodolphe DARESTE loua cette méthode comme la seule « *vraiment scientifique* », lorsque d'autres privilégiaient la « *description de l'organisme administratif* » ou bien l'exposé de la jurisprudence. Cette méthode « *fait comprendre les choses parce qu'elle en donne la raison, et par là même, elle est plus à la portée des étudiants qui ont besoin, avant tout, d'idées générales bien déduites et bien enchaînées* » (Recension du *Précis des matières administratives* de GAUTIER, in *R.H.D.F.E.* 1879, p. 650-651).

¹⁴² Attribué au doyen CARBONNIER, ce néologisme désigne la « passion pour les lois ».

¹⁴³ Cf. en ce sens les professeurs BURDEAU (*Histoire du droit administratif...*, *op. cit.* (1995), p. 111 *sq.*) et TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 46 *sq.*).

¹⁴⁴ Cf. en ce sens les professeurs BURDEAU (*Histoire du droit administratif...*, *op. cit.* (1995), p. 111 *sq.*) et PLESSIX (*L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.* (2003), p. 369 *sq.*).

¹⁴⁵ LA MÉNARDIÈRE Camille (de), Recension du *Cours de droit administratif* (2^e éd.) de DUCROCQ, in *R.C.L.J.* 1863, XXIII, p. 377).

administratif pût épouser des enjeux académiques qui déterminèrent des choix scientifiques et le firent voir comme inféodé au droit privé.

122. De ces contraintes académiques, les contemporains en furent parfois très conscients. BOULATIGNIER craignit que l'enseignement administratif « *ne s'égare et ne manque son but dans la voie où, d'après leurs programmes, les professeurs récemment institués se proposent de le diriger* »¹⁴⁶. Le prosaïsme avec lequel les étudiants conduisent leurs études ne laisse pas – selon cet auteur – au droit administratif académique d'autre issue que celle d'être une annexe du droit privé. Ainsi constate-t-il – non sans regrets – qu'au sein des facultés, cet enseignement a essentiellement pour but « *de familiariser les magistrats, les officiers du ministère public, et le barreau avec les branches du droit administratif qui touchent à l'existence même de l'autorité judiciaire (...), ou qui se rattachent à des matières sur lesquelles elle est appelée à statuer* »¹⁴⁷.

Pour la plupart des familles, les frais des études de droit sont les derniers sacrifices qu'elles puissent s'imposer pour l'éducation de leurs enfants. (...) Les connaissances qu'ils désirent acquérir sont celles qui leur promettent promptement une clientèle ou un emploi. S'ils ne dédaignent pas les autres études, ils les négligent en quelque sorte comme des objets de luxe. Lorsque telle est la disposition des esprits et qu'elle résulte de la condition de presque toutes les familles de la classe moyenne, l'enseignement administratif ne doit-il pas se présenter avec un caractère essentiellement pratique ?¹⁴⁸

Certains sont plus catégoriques encore en estimant que cet enseignement universitaire « *n'aura jamais pour résultat ni de vulgariser la science administrative et politique, ni de préparer des administrateurs* »¹⁴⁹ ; qu'il n'est qu'un « *enseignement accessoire dans lequel le droit administratif perd sa nature propre et spéciale pour se subordonner à l'enseignement principal du droit civil* », et qu'« *à raison du caractère qu'il affecte, cet enseignement est presque stérile pour l'administration* »¹⁵⁰. Cela ne doit pas dissimuler le fait que certains enseignants ont développé dans leurs cours oraux, parfois relayés par des publications, une « *méthode dogmatique* » au lieu de « *livrer à une exégèse* » des textes¹⁵¹. Mais ce dont témoignent ces critiques, ce sont moins le manque d'envergure des professeurs que l'environnement académique auquel ils durent s'adapter : un public estudiantin rétif, sinon indifférent à un enseignement déprécié dont ils ne percevaient

¹⁴⁶ BOULATIGNIER Joseph-Sébastien, « De l'origine, des progrès et de l'enseignement du droit administratif en France », in *R.E.L.E.* 1839, VI, p. 92.

¹⁴⁷ *Id.*, p. 92.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 91-92.

¹⁴⁹ Il s'agit des propos du professeur civiliste BOURBEAU, dans son rapport qu'il fit à l'Assemblée nationale lorsqu'elle discuta de l'opportunité de créer une école spéciale d'administration (cité par : LAFERRIÈRE Firmin, « De l'enseignement administratif dans les facultés de droit, et d'une école spéciale d'administration », in *R.L.J.* 1849, XXXIV, p. 109-110).

¹⁵⁰ *Id.*, p. 117.

¹⁵¹ *Id.*, p. 120.

pas toujours l'intérêt pour l'accession aux carrières judiciaires¹⁵² ; un corps universitaire qui joua de certains ressorts institutionnels pour subordonner cet enseignement au droit civil. Dès lors, il est moins surprenant que la littérature la plus dévouée qui fût aux besoins des étudiants, présente cet aspect. Littérature quasiment consommable, elle exprime moins des partis pris doctrinaux qu'elle accuse la manière dont un enseignement novateur fut réceptionné par une institution rompue à un « *esprit judiciaire* » et façonnée par les « *discours civilistes* » qui en construisent la légitimité. Ce n'est pas qu'il s'agit d'une littérature médiocre ; mais les auteurs ne disposèrent pas – nous semble-t-il – d'une latitude suffisante pour déployer des choix scientifiques propres, pour peu qu'ils en eussent eu la volonté. La prégnance du cadre civiliste permettait malaisément d'y introduire un sujet hétérogène à cette inclination. Ce n'est pas dire, pour autant, que les universitaires s'y sont résolus. Aussi convient-il d'apprécier cette littérature de vulgarisation en se gardant d'une appréciation qui en ignorerait tous les aspects. En délaissant certains sujets comme par exemple les contrats de l'administration, l'orientation prise par les manuels de droit administratif résulte davantage des raisons que nous avons explicitées que d'une carence pédagogique et intellectuelle des enseignants. Ceux-ci n'ont eu d'autres alternatives que de composer avec des contraintes sur lesquelles ils eurent une action assez faible, lorsqu'ils ne les subirent pas passivement.

- 123. Une littérature aux marges imprécises : des précis universitaires au cours de MACAREL.** – Dans ce panorama, les manuels publiés par certains universitaires se démarquent sensiblement des autres. À l'instar de ceux de FOUcart et BATBIE, ils portent le titre de précis. Comme pour mieux indiquer qu'ils sont une forme condensée, non du cours oral, mais d'un traité : les *Éléments de droit public et administratif* pour FOUcart ; le *Cours de droit public et administratif* de LAFERRIÈRE pour le précis de BATBIE¹⁵³. Le premier s'en explique clairement :

Le *Précis* que je donne au public est le résumé de ces *Éléments*, et il contient en germe tout ce qui s'y trouve. (...)

Quant à l'usage qu'on peut faire de ce livre, je m'empresse de reconnaître qu'il ne renferme pas *toute la science*, mais seulement des *principes*

¹⁵² L'ordonnance du 4 octobre 1820 qui institue un cours obligatoire – et non plus facultatif – de droit administratif pour les étudiants de troisième année de licence, dispose à cette occasion que ceux-ci peuvent demander à ce qu'il soit fait mention particulièrement de l'examen correspondant afin qu'ils puissent s'en prévaloir dans leur accession à une carrière administrative. Il semblerait, selon le professeur TOUZEIL-DIVINA, que cette disposition n'ait jamais été appliquée, nonobstant les nombreuses sollicitations du doyen FOUcart en ce sens (*Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public...*, *op. cit.* (2007), p. 480-483).

¹⁵³ La première édition de son précis fut publiée dans le *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec les lois nouvelles, et précédé d'une introduction historique* de Firmin LAFERRIÈRE (Paris, Cotillon, 1860 (5^e éd.) (2 vol.), t. 2, p. 627). Celui-ci écrit qu'il est « *convaincu qu'il faut aux étudiants en droit des livres non superficiels, mais nourris de principes et de forte doctrine. (...) Il reconnaît toutefois qu'il convient de faciliter la tâche de l'étudiant qui pense à l'examen de fin d'année ; et il a voulu préparer la révision du Cours et la rendre plus facile en ajoutant à son livre un précis élémentaire, et, de plus, une table de concordance avec le programme d'examen* » (*id.*, p. 625). La rédaction de ce précis fut confiée à BATBIE, professeur suppléant à la faculté de Paris.

élémentaires ; (...) il ne peut être, pour ceux qui aspirent à devenir *jurisconsultes*, que le point de départ et le résumé d'études plus sérieuses : comme *point de départ*, il facilite beaucoup l'intelligence des grands ouvrages sur le droit administratif, il sera une excellente préparation aux cours des professeurs ; comme *résumé*, il aidera la mémoire sans nuire au jugement, et fournira un moyen de contrôler la science acquise, en indiquant à chacun les points encore obscurs qui ont besoin d'études nouvelles¹⁵⁴.

Ces deux ouvrages sont le témoignage d'universitaires soucieux de promouvoir la pédagogie jusque dans leur appréhension du droit administratif. À l'inverse des répétiteurs privés, captifs d'un programme d'examen répondant à un enseignement qu'ils n'ont jamais dispensé, ces enseignants – auxquels nous pouvons ajouter dans une certaine mesure les *Répétitions écrites* de CABANTOUS et le *Précis* de GAUTIER – ont conçu leur entreprise comme le prolongement de leur cours oral, sans néanmoins en faire une pâle reproduction écrite comme le fit GOUGEON avec son *Cours* (1847)¹⁵⁵. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle FOUCART et BATBIE sont les deux seuls auteurs à avoir consacré un chapitre sur les marchés de l'administration dans de tels ouvrages. Quoi qu'il en soit, l'étude de ces précis doit être menée en étroite relation avec le traité auxquels ils sont liés. En outre, certains ouvrages qui pourtant peuvent se présenter comme des traités, doivent être placés parmi cette littérature universitaire de vulgarisation. Tel est le cas du cours de MACAREL. Ouvrage colossal, inachevé, son auteur a originellement conçu un « *livre élémentaire (...) réclamé sur la matière dont l'enseignement [lui] est confié* »¹⁵⁶. Il s'est bien défendu d'avoir réalisé un traité de droit administratif. Certains lui ont pourtant reproché d'avoir réalisé *in fine* un ouvrage élémentaire aux dimensions d'un traité, jetant l'équivoque et suscitant la perplexité chez le lecteur¹⁵⁷. Mentionnons encore un ouvrage de BOUCHENÉ-LEFER qui participe de la même intention vulgarisatrice, si ce n'est qu'il fut écrit pour un

¹⁵⁴ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Précis de droit public et administratif...*, *op. cit.* (1844), p. ij-iii.

¹⁵⁵ Cf. l'avertissement que Charles GOUGEON place au frontispice de son ouvrage : *Cours de droit administratif*, Rennes, Imprimerie de Jausions, 1847.

¹⁵⁶ MACAREL Louis-Antoine, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, Thorel, 1844-1846 (1^{re} éd., 4 vol.), p. vij. « *Ce n'est donc pas un traité que j'ai dû composer pour mes jeunes auditeurs ; il m'eût été d'ailleurs impossible de l'enserrer dans les neuf mois de l'année scolaire (sic). (...) J'ai préféré de faire un effort de plus pour vulgariser les éléments de la science administrative* » (*id.*, vij-viii). TOCQUEVILLE en rendit compte devant l'Institut : « *Ce n'est point un traité, c'est un cours ; il n'a point été écrit pour les hommes d'État, mais pour de jeunes élèves ; il n'aspire pas à la profondeur, mais à l'exactitude et à la clarté. L'auteur, qui s'était essayé avec succès dans d'autres ouvrages d'un genre plus élevé, n'a dû et voulu faire cette fois qu'un livre élémentaire* » (Recension du *Cours de droit administratif* (1^{re} éd.) de MACAREL, in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1846, IX, p. 110). Ceci avec une conscience dont ce dernier a dénoncé la rigueur intransigeante : « *Peut-être doit-on lui reprocher d'avoir un peu outré cette donnée : M. MACAREL s'abstient presque complètement de juger ; il ne faut que décrire. Il borne ainsi volontairement son horizon ; il se renferme étroitement dans ce qui est, sans jamais chercher ce qui devrait être. Ceci nous semble dépasser le but que doit se proposer un professeur qui enseigne une science aussi nouvelle et encore aussi contestée que le droit administratif* » (*ibid.*). Ce à quoi MACAREL aurait rétorqué que « *critiquer la loi devant un jeune auditoire, ce serait peut-être lui apprendre à mépriser la loi* » (propos rapportés par : VALSERRES Jacques (de), Recension du *Cours de droit administratif* (1^{re} éd.) de MACAREL, in *R.E.L.E.* 1847, IV, p. 163).

¹⁵⁷ Cf. par exemple : BESSAT Charles, Recension du *Cours de droit administratif* (1^{re} éd.) de MACAREL, in *R.L.J.* 1846, XXVI, p. 374.

public plus large que celui des facultés de droit et suivant un projet scientifique dépassant les bornes de l'enseignement académique¹⁵⁸. Nonobstant les premières impressions procurées par une lecture trop rapide, son auteur ne s'est pas seulement adonné à la description : il s'est en outre efforcé d'explicitier la manière dont les principes qui organisent la science du droit administratif, trouvent une application dans les réalités de l'administration. Ces derniers exemples témoignent – si tant il en était besoin – de la porosité qu'il existe entre la littérature universitaire de vulgarisation et les trois autres que nous avons esquissées en introduction de ce titre. Conçu rétrospectivement, la typologie que nous proposons pour ordonner la littérature administrative ne peut cadrer avec tous les ouvrages, tant les démarches des administrativistes conservent chacune leur singularité. Cette pensée doit être à tout moment présente à l'esprit du lecteur, afin qu'il ne mésestime pas notre entreprise en lui imputant de fausses intentions. Il s'agit moins d'enfermer la littérature administrative dans des catégories imperméables, que d'esquisser une typologie qui permette de mobiliser avec plus de discernement les ouvrages s'y rapportant.

¹⁵⁸ Cf. BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public-administratif...*, op. cit. (1862).

Chapitre 3

La doctrine praticienne de divulgation

124. De la même façon que pour la doctrine universitaire de vulgarisation, celle qu'il s'agit d'étudier dans ce chapitre doit être appréciée suivant le (les) lectorat(s) au(x)quel(s) elle fut destinée. Ses qualités ne peuvent ressortir que de la manière dont les auteurs l'ont conçue, afin d'en souligner les fonctionnalités (**section 1**). Adressée prioritairement aux praticiens, elle est non seulement la plus considérable ; elle est aussi déterminante pour comprendre comment les discours savants ont pu circuler à travers la communauté juridique pour gagner en audience. À cet égard, elle ne doit pas être mésestimée comme une littérature bornée par sa destination. Elle est essentielle pour saisir les dynamiques intrinsèques à la littérature administrative (prise dans son ensemble), à ce point qu'elle contribue à justifier une telle expression dont pourtant la réalité peut interroger (**section 2**).

Section première. – Une littérature hétéroclite destinée à un lectorat hégémonique : les praticiens

125. **Des principales caractéristiques de littérature praticienne de divulgation.** – La doctrine praticienne de divulgation est de loin celle la plus conséquente. Au-delà de l'hétéroclisme de ses expressions – dictionnaires, répertoires, recueil, traités, *etc.* –, ce sont les préoccupations des auteurs qui lui confère une cohérence. Ceux-ci furent dans leur majorité avocats à la cour ou bien avocats aux Conseils¹⁵⁹. Bien souvent ils n'ont manifesté aucune prétention à être originaux en déployant quelques doctrines inédites. Bien au contraire, leur démarche y fut presque antinomique. Ils ont souhaité divulguer le Droit pour aider les praticiens à en maîtriser l'incertitude inhérente à son application. Il s'est agi d'*explicit*er les normes, parfois en formalisant des principes qui pussent en faciliter l'intelligence¹⁶⁰. À l'inverse des codifications qui visèrent

¹⁵⁹ Pour les avocats à la cour (en considérant leur état à la date où ils publièrent), citons : BOUSQUET, CHABROL-CHAMÉANE, DALLOZ (Armand), DELBREIL, GRÜN, LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELAMARRE, MACAREL (en 1818), PETIT DES ROCHETTES, SÉBIRE & CARTERET, SERRIGNY (également professeur de droit administratif). Pour les avocats aux Conseils : CHEVALIER, DALLOZ (Désiré), DUFOUR, LEDRU-ROLLIN, LEMARQUIÈRE, SIREY. Un peu moins nombreux sont ceux qui furent membres du Conseil d'État (au moment où ils publièrent) : BÉQUET, CORMENIN, FAVARD DE LANGLADE, TARBÉ DE VAUXCLAIRS, VUILLEFROY & MONNIER ; ou membre de l'administration : BLANCHE, BLOCK et LAFFON DE LADÉBAT.

¹⁶⁰ L'avocat SYROT louait sous ce rapport le dictionnaire de CHABROL-CHAMÉANE, lequel « *a cru qu'il était possible de réunir dans un cadre étroit et alphabétique les principes et les dispositions de nos lois et de nos usages, de manière à ce que chacun pût en saisir l'ensemble et les comprendre sans effort. (...) Chacun, selon le besoin du moment, consultant ce*

essentiellement à faire l'inventaire *rationnalisé* des normes, cette littérature tendit plutôt à les condenser dans des développements thématiques. Ces auteurs n'ont pas tant cherché à répertorier toutes les normes à partir d'un plan qui permît de les rapprocher, que d'indiquer à propos d'une difficulté donnée le sens de celles qui y sont relatives, afin que le lecteur pût saisir la portée de chacune. D'où l'accent mis sur la jurisprudence et que l'on ne retrouve pas toujours dans les compilations. Certains contemporains avisés l'ont bien signalé – comme l'avocat aux Conseils ISAMBERT, à propos d'un des tous premiers ouvrages de ce genre : les *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL.

[Ces] lois [administratives] sont en si grand nombre et tellement incohérentes, elles prêtent à tant d'interprétations diverses, qu'il n'est pas un homme, fût-ce le plus instruit en cette matière, qui ne sente le besoin d'avoir un guide, et de rectifier les erreurs qu'un premier aperçu pourrait lui faire commettre.

Ce guide, il le trouvera dans l'ouvrage de MACAREL.

Les *Éléments de Jurisprudence administrative* sont un résumé méthodique et par ordre de matières de tous les principes consacrés dans les arrêts du Conseil¹⁶¹.

Ces ouvrages ont moins eu pour objet de saisir le droit positif afin d'en faire connaître la *lettre*, que celui d'en expliciter l'*esprit* afin que les praticiens fissent correspondre au mieux la généralité du Droit avec la singularité des affaires auxquelles ils étaient confrontés. Ils ne sont pas adressés à ceux qui souhaitèrent accéder aux normes, mais à ceux qui voulurent les appréhender sans les *galvauder*. ISAMBERT félicite d'ailleurs MACAREL « de s'être abstenu d'émettre son opinion personnelle, en ne laissant en quelque sorte parler que les arrêts »¹⁶². Car il ne s'agit pas tant de proposer une certaine représentation du Droit qui soit personnelle à l'auteur, que d'exposer comment les juridictions consacrent les lois à travers leurs arrêts. Ce qui ne signifie pas que les auteurs se placent nécessairement en retrait, comme des médiateurs neutres, recensant placidement une jurisprudence pléthorique. C'est sans contradiction que le même ISAMBERT ajoute à ses propos : « Les écarts de l'administration et les erreurs des juges doivent être signalés. M. MACAREL l'a fait en plusieurs endroits, avec une raison parfaite et avec beaucoup de mesure »¹⁶³. En coordonnant la jurisprudence administrative pour la présenter sous un aspect régulier, il est question d'abstraire des arrêts une trame propre à fixer – par l'exercice d'un sens critique – la doctrine de l'administration et d'en améliorer la cohérence par des ajustements

résumé de la loi, de la jurisprudence ou de l'usage, comprend à merveille sa position actuelle, ses droits, ses obligations, et trouve les éléments nécessaires pour prendre dans un grand nombre de circonstances une résolution qui, conforme aux préceptes de la loi, ne traîne à sa suite ni inquiétude ni procès » (Recension du *Dictionnaire de législation usuelle* (1^{re} éd.) de CHABROL-CHAMÉANE, in *Gazette des tribunaux* 1835 (4 mars), n° 2975).

¹⁶¹ ISAMBERT François-André, Recension des *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL, in *Thémis* 1820, II, p. 139.

¹⁶² *Id.*, p. 146.

¹⁶³ *Ibid.*

progressifs¹⁶⁴. Sans nier la portée éminemment doctrinale de ce dessein, les ambitions de cet avocat sont toutes pratiques : « *Porter l'ordre et la règle où n'ont jusqu'ici régné que trop souvent, et par la force même des choses, la contradiction et l'arbitraire* »¹⁶⁵. En saisissant la jurisprudence administrative par l'examen, il s'agit de l'incarner dans les pratiques judiciaires en la soumettant à l'appréciation des avocats¹⁶⁶.

126. Un exemple topique de cette littérature : les *Questions de droit administratif* de CORMENIN. – Si nous avons à désigner un ouvrage qui incarne au mieux cette littérature, ce serait les *Questions de droit administratif* de CORMENIN¹⁶⁷, dont le titre fait hommage à une littérature praticienne de l'Ancien Régime, poursuivie dans le XIX^e siècle par MERLIN DE DOUAI¹⁶⁸ – auteur des *Questions de droit*. DUPIN JEUNE notait que son auteur s'était choisi une méthode plus idoine que son jeune prédécesseur, MACAREL :

Souvent la concision des axiômes (*sic*) recueillis par M. MACAREL, laissait beaucoup à désirer. C'est en législation surtout qu'il importe de connaître le *pourquoi* des choses. Il ne suffit pas de savoir que tel principe est reçu. Si l'on ignore les motifs qui l'ont fait consacrer, on risque de s'égarer en faisant l'application¹⁶⁹.

Promouvoir la jurisprudence administrative en l'exposant au grand jour – certainement. Mais CORMENIN cherche plus prosaïquement à exposer « *les difficultés*

¹⁶⁴ Les desseins de MACAREL furent, à proprement parler, de « *recueillir* [les décisions du Conseil d'État] *par ordre de matières, et de les rédiger en un corps de doctrine où leurs motifs fussent analysés et réduits en règles brèves, substantielles (sic) et dégagées de tout commentaire* » (*Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues, par le conseil d'État, en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818 (2 vol.), t. 1, p. x-xi).

¹⁶⁵ *Id.*, p. x.

¹⁶⁶ Nous avons déjà employé quelques-uns des ouvrages composant cette littérature praticienne de divulgation. Pour la commodité de notre propos, nous les avons désignés comme « littérature prétorienne ». Cf. *supra* nos développements sur la distinction entre les fournisseurs et les agents administratifs (chapitre 2, titre I, première partie).

¹⁶⁷ À cet ouvrage peut s'ajouter cet autre – certes plus spécial – d'Edmond PETIT DES ROCHETTES, avocat et secrétaire de CORMENIN : *Esprit de la jurisprudence inédite du Conseil d'État, sous le Consulat et l'Empire, en matière d'émigration, de déportation, de remboursements, de domaines nationaux*, etc. (Paris, Béchét, 1827 ; 2 vol.). D'aucuns comme l'avocat aux Conseils RIGAUD, ont encore situé la *Jurisprudence administrative* de CHEVALIER dans le sillage des *Questions* de CORMENIN, soulignant par cette référence ce que ce dernier ouvrage a eu de capital en ordonnant toute une littérature autour d'une méthode appréciée par les publicistes comme par les privatistes : « *Depuis le livre de M. de CORMENIN, qui le premier a élevé le droit administratif à la dignité d'une science, aucun auteur n'avait recueilli et classé avec précision, méthode et clarté tous les matériaux épars d'une législation et d'une jurisprudence de trente années. Il y avait là évidemment une lacune à combler, telle a été la tâche que M. Théodore CHEVALLIER a voulu accomplir* » (RIGAUD Édouard, Recension de la *Jurisprudence administrative* de CHEVALIER, in *Gazette des tribunaux* 1836 (30 août), n° 3418).

¹⁶⁸ MERLIN DE DOUAI – procureur général près la Cour de cassation – assura quatre éditions d'un ouvrage intitulé : *Recueil alphabétique des questions de droit...* ; plus communément appelé : *Questions de droit*. Il poursuit à cet égard un ouvrage – du même titre – conçu par Barthélemy-Joseph BRETONNIER (1718), et continué par Antoine-Gaspard BOUCHER D'ARGIS (plusieurs éditions jusqu'en 1783).

¹⁶⁹ DUPIN André, Recension des *Questions de droit administratif* (2^e éd.) de CORMENIN, in *Thémis* 1823, V, p. 523.

principales qui se sont présentées ou qui peuvent se présenter»¹⁷⁰ sur le droit administratif. Cette méthode « a l'avantage de placer à côté de l'unité du principe, la variété des exemples ; et c'est dans ces cas choisis et généralisés (...) que la logique ferme et incisive de l'écrivain rassemble, coordonne et relie avec un art merveilleux ; c'est dans ces notions puissamment déduites (...) que la vérité du principe générateur cherche son appui et sa démonstration ; ce sont elles qui en divulguent la signification et la portée »¹⁷¹. Cette littérature se caractérise ainsi par une didactique propre à encadrer l'aléa qui s'intercale dans le rapprochement entre la généralité des lois et la singularité des arrêts. L'avocat CHABROL-CHAMÉANE donne en introduction de son dictionnaire une idée emblématique des ambitions de cette doctrine. Œuvre de vulgarisation et d'initiation – elle se destine aux praticiens du Droit :

Ce n'est pas aux jurisconsultes que cet ouvrage est adressé, il n'a pas une portée si haute ; *encore moins ai-je prétendu faire une œuvre de science*. (...) Mon unique dessein a été de mettre les citoyens de toutes les conditions, de tous les états, à même de s'initier facilement à la connaissance des lois de leur pays. (...)

Je me suis attaché aux choses et aux faits, et j'ai dû bannir toutes les discussions de théorie, fort utiles, nécessaires même aux jurisconsultes, mais qui dans leur abstraction embarrassent et déroutent l'homme du monde¹⁷².

- 127. Une littérature promue par la dépréciation des ouvrages théoriques.** – C'est en insistant sur le contraste d'avec les ouvrages théoriques que cette doctrine a caractérisé sa spécificité. Ou plutôt ses auteurs cherchèrent-ils à se départir d'une littérature prestigieuse – que nous appellerions aujourd'hui « scientifique » – pour mieux séduire un lectorat dont les besoins ont été sentis avec clairvoyance : les praticiens. Combien même MACAREL & CORMENIN participent – de leur propre aveu – à formaliser la science du droit administratif *via* la promotion de la jurisprudence administrative, tous deux se gardent de n'avoir entrepris aucun traité sur le droit administratif. DUPIN JEUNE regrette d'ailleurs « *qu'[en] embrassant la science du droit administratif dans son ensemble, [CORMENIN] n'[ait] pas élevé un monument régulier de cette science, au lieu d'en préparer simplement les matériaux* »¹⁷³. Mais cela eût été antinomique avec la démarche originelle de CORMENIN qui autrement aurait manqué son but et

¹⁷⁰ *Id.*, p. 524.

¹⁷¹ SACASE François, Recension des *Questions de droit administratif* (4^e éd.) de CORMENIN, in *R.L.J.* 1839, VIII, p. 120-121. Comme nous le rapporte BOULATIGNIER, les *Questions* de CORMENIN n'étaient originellement « *qu'un recueil de dissertations sur des questions de droit administratif, que l'auteur, maître des requêtes au conseil d'état, avait eu l'occasion d'y débattre dans ses rapports ou dans les discussions* ». La troisième édition (1826), qui fit suite à la publication des *Prolégomènes* (1823), fut l'occasion d'une refonte où l'auteur y présenta « *le résumé de la jurisprudence du conseil d'état (compétence et fond de la matière) sur les principales branches du contentieux, d'après une méthode de déduction logique, que M. MACAREL avait essayé dans un des chapitres de ses Éléments de jurisprudence (celui des rentes nationales)*. (...) Ainsi refait, l'ouvrage de M. de CORMENIN, bien qu'il ne justifiait plus son titre, eut un immense succès » (« De l'origine, des progrès et de l'enseignement du droit administratif en France », in *R.E.L.E.* 1839, VI, p. 83-84).

¹⁷² CHABROL-CHAMÉANE Ernest (de), *Dictionnaire de législation usuelle contenant les notions du droit civil, commercial, criminel et administratif ; avec toutes les formules des actes et contrats et le tarif du droit d'enregistrement de chacun d'eux*, Paris, Au bureau, 1835 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, « Avertissement » (c'est nous qui soulignons).

¹⁷³ DUPIN André, Recension des *Questions de droit administratif* (2^e éd.) de CORMENIN, in *Thémis* 1823, V, p. 524.

désappointé son lectorat¹⁷⁴. D'autres – parmi les plus agressifs dans leur stratégie éditoriale – se sont démarqués encore plus explicitement de la littérature « scientifique » en la stigmatisant. Elle eût été composée d'ouvrages ésotériques réalisés à l'adresse de quelques initiés. Ces dénonciations dévoilent une espèce d'oligarchie intellectuelle – ou plutôt semble se la représenter pour lui attribuer spécialement les lacunes auxquelles les ouvrages praticiens sont censés répondre. Les ouvrages de MACAREL et CORMENIN sont de ce point vue assimilés à des traités, qui en « *embrassant des généralités abstraites et formulant en axiomes des déductions logiques, (...) [sont] dès lors peu accessibles à la plupart des lecteurs* »¹⁷⁵. Cela n'est pas moins prégnant sous la plume de l'avocat DEBREIL, soucieux de populariser le Droit en publiant un dictionnaire accessible jusqu'aux profanes.

Ceux qui n'ont pas des connaissances spéciales doivent forcément avoir recours aux jurisconsultes ou aux livres. Le premier moyen n'est pas toujours facile et il est toujours dispendieux. (...) Le second moyen, les livres, il n'y a guère plus de facilités pour les consulter. Les ouvrages de Droit ne se trouvent guère que dans le cabinet des jurisconsultes. Rédigés en langage scientifique, ils ne sont pas d'ailleurs intelligibles pour tous. Pour les comprendre, il faut être initié à la science et avoir l'habitude de les feuilleter, sans quoi leur lettre, morte pour l'œil du vulgaire, a besoin d'être interprétée (*sic*), et après avoir interrogé ce livre, il faut encore recourir à l'avocat¹⁷⁶.

Le ton grave et impartial que certains auteurs cherchent à emprunter recouvre – pensons-nous – les tensions qui traversent la communauté juridique relativement aux deux paradigmes entre lesquels elle discute la possibilité de son existence : la théorie et la pratique, d'une et d'autre part. Dans le champ de ces interrogations, d'aucuns affirment sans concession le primat de l'utilitarisme dans la science du Droit, ce qui est toujours une manière de mettre en exergue une certaine littérature.

Nous vivons (...) dans un siècle positif ; et les esprits s'appliquent peu à l'examen des discussions théoriques ; ce que l'on recherche, avant tout, c'est l'utilité pratique¹⁷⁷.

L'avocat aux Conseils DUFOUR fait remarquer avec intérêt : « *L'esprit éminemment pratique qui anime notre époque* » ne prête pas les ouvrages proprement scientifiques à

¹⁷⁴ CORMENIN écrit dans la préface de la quatrième édition de ses *Questions* : « *Personne ne connaît mieux que moi en quoi pêche mon livre et ce qui lui manque sous le rapport de l'ordonnance, de l'exécution et de la doctrine, encore bien qu'avec tous ses défauts, on puisse le regarder à l'heure où j'écris comme le livre le plus complet et le plus pratique sur l'ensemble des matières contentieuses de l'administration, et particulièrement sur la compétence* » (*Questions de droit administratif*, Paris, Guyot & Scribe, 1837 (4^e éd., 3 vol.), t. 1, p. xv ; c'est nous qui soulignons).

¹⁷⁵ LAFARGUE P.-C., Recension du *Dictionnaire de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELMARRE, in *Gazette des tribunaux* 1838 (14 juin), n° 3981.

¹⁷⁶ DELBREIL Frédéric, *Dictionnaire de droit, ou Résumé de la législation et de la jurisprudence française ; mis à la portée de tout le monde, contenant : les principes nécessaires pour la bonne direction de tous les actes de la vie civile, commerciale et administrative, et les formules des principaux actes civils et commerciaux*, Paris, Durand, 1849, p. iij-iv.

¹⁷⁷ LEGAT, Recension du *Dictionnaire des travaux publics* de TARBÉ DE VAUXCLAIRS, in *Gazette des tribunaux* 1836 (4 mai), n° 3315.

« donner le mouvement et la vie » au droit administratif¹⁷⁸. S'il salut la noblesse des auteurs qui entreprennent de tels ouvrages, il ajoute sans désillusion qu'ils « n'offrent que peu de ressources aux hommes engagés dans le mouvement des affaires, auxquels il est besoin d'un guide pour sortir des difficultés qui surgissent à tout instant sous leurs pas »¹⁷⁹. Gabriel DUFOUR souligne ainsi ce que la littérature administrative doit à la prédominance du lectorat praticien, lorsque d'autres s'en inquiètent ou bien s'en désespèrent comme une cause néfaste à la science du droit. En faisant la notice nécrologique de la revue de FÉLIX, Firmin LAFERRIÈRE rapporte ce que les contingences financières ont dû à sa fin prématurée. Le dernier éditeur de cette parution « fit d'inutiles efforts pour rallier les praticiens au recueil périodique, leur promettant des questions spéciales, des examens d'arrêts, des points de jurisprudence pratique, sans sacrifier les intérêts scientifiques qui avaient fait naître la Revue et qui avaient établi son autorité en Europe ». Il poursuit d'un ton emprunt de *pathos* :

Les clients de cet ordre trouvaient que le recueil donnait trop à la théorie et trop peu à l'intérêt pratique. Ils ne répondirent pas à l'appel ou même ils se retirèrent. Ô praticiens trop exclusifs ! je vous respecte, parce que vous formez le gros bataillon pour les abonnements, mais je déplore votre domination trop absolue. C'est vous qui avez tué la Revue, plus encore que la révolution de 1848¹⁸⁰.

- 128. Une littérature plurielle dans ses manifestations.** – Si cette prévenance cultivée à l'adresse des praticiens semble avoir été trop vive pour que nous puissions la dénier comme une simple manœuvre publicitaire, nous sommes enclins à penser qu'il ne faut pas conclure trop précipitamment à la pauvreté doctrinale de cette espèce de littérature. Bien que les auteurs de cette doctrine aient partagé des desseins analogues, leurs productions littéraires présentent une diversité si disparate qu'il faut se garder d'une opinion simplificatrice. Il y a par exemple un contraste sensible entre le *Droit, procédure et jurisprudence administratifs* de LEMARQUIÈRE ou le *Recueil des principes du droit administratif* de LAFFON DE LABÉDAT d'une part, et le *Traité de l'organisation de la compétence* de SERRIGNY ou le *Traité général de droit administratif appliqué* de DUFOUR d'autre part. Dans un ouvrage similaire, quoique plus achevé dans cette union entre la théorie et la pratique, le professeur BATBIE le signale en introduction de son *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* – avec une once de mauvaise foi devons-nous ajouter :

¹⁷⁸ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité du roi, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de préfecture, du Conseil d'État, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les chemins vicinaux, les communes, les conflits, les contributions, les cours d'eaux*, etc., etc., Paris, Delamotte aîné, 1843-1845 (1^{re} éd., 4 vol.), t. 1, p. vij.

¹⁷⁹ *Id.*, p. ix.

¹⁸⁰ LAFERRIÈRE Firmin, « Introduction historique à la Table collective des revues de droit et de jurisprudence », in COIN-DELISLE Jean-Baptiste-César, MILLION Charles & VERGÉ Charles, *Tables analytiques de la Revue de législation et de la Revue critique de législation et de jurisprudence, précédées des tables de la Thémis et de la Revue de droit français et étranger, suivies d'une liste des principaux travaux de droit et de législation contenus dans les séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques ; avec une introduction historique*, Paris, Cotillon, 1860, p. xxviii.

Les ouvrages qui sont faits avec l'intention d'être pratiques ont souvent le défaut de leurs qualités : leurs auteurs analysent surtout les décisions rendues et, quand ils ont bien rendu compte des espèces et des solutions, ils croient avoir tout fait pour les praticiens. (...)

Parmi les ouvrages publiés jusqu'à présent [c'est-à-dire avant 1861], les uns ont trop sacrifié à la théorie et les autres à la jurisprudence. Aucun ne s'est proposé pour but l'alliance intime entre la doctrine et la pratique¹⁸¹.

Cette remarque ne doit pas être prise à la lettre tant elle est intéressée. L'avocat aux Conseils DARESTE souligne le soin – parfois couronné de succès – que certains ont déployé avant BATBIE pour allier ces deux aspects paradigmatiques de la doctrine juridique : pratique et théorie. Tel par exemple le dijonnais SERRIGNY¹⁸². Les propos de BATBIE sont néanmoins éloquentes de la difficulté qu'ont éprouvée les administrativistes du premier XIX^e siècle pour conjuguer harmonieusement ces deux aspects – pratique et théorie – dans un discours doctrinal synthétique, destiné à un public élargi. Ou plutôt que de parler de difficulté, cette incise nous paraît révéler les efforts continûment réalisés en ce sens et sans cesse discutés, voire critiqués.

129. Les ouvrages qui ressortissent à la doctrine praticienne de divulgation sont autant d'entreprises éditoriales dont le profil est toujours indiqué par le public auquel elles sont chacune destinées. Et lorsque seulement certains auteurs font prévaloir plus exclusivement la pratique sur la théorie, cela procède d'un choix assumé qui indique bien souvent que la seconde est pleinement appréhendée, ne fût-ce que virtuellement¹⁸³. Ce qui importe davantage, ce n'est pas – à notre sens – de hiérarchiser les auteurs selon leur génie et d'écarter ceux dont la contribution doctrinale pût être tenue pour négligeable. Cette approche de la doctrine administrative serait biaisée en en faisant voir qu'une partie infime. Une idée trop restrictive de la doctrine, empruntée à la conception que l'on s'en fait aujourd'hui et parfaitement anachronique dans des travaux historiques, mutilerait la littérature administrative pour en rendre l'étude presque irréaliste. La doctrine praticienne de divulgation a trop indiqué son caractère pour que l'historien l'ignore en la mésestimant. Elle s'est avant tout employée à appréhender le droit administratif d'une manière synthétique, depuis la *loi* jusqu'à la *doctrine des auteurs*, en y intégrant la

¹⁸¹ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1861 (intégré comme premier tome au *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*; 1861-1868, 7 vol.), p. 1-2.

¹⁸² « *De tous nos traités de droit administratif, c'est un des plus pratiques et des mieux ordonnés. C'est en même temps un des plus philosophiques, dans la bonne acception du mot. L'auteur ne se borne pas à juxtaposer des textes et des espèces, il sait généraliser et remonter aux principes, sans pourtant se perdre dans la métaphysique. Ce sont là de grandes qualités qui ont fait le succès de la première édition et qui feront sans nul doute celui de la seconde* » (DARESTE Rodolphe, Recension du *Traité de l'organisation de la compétence* (2^e éd.) de SERRIGNY, in R.H.D.F.E. 1865, p. 205).

¹⁸³ En guise d'exemple – l'avocat aux Conseils LEMARQUIÈRE se justifie de ne « *faire connaître [que] ce qui est et non ce qui pourrait être* » (*Droit, procédure et jurisprudence administratifs*, Paris, Videcoq, 1839, p. vi). Il informe le lecteur de la modestie de son entreprise, laquelle consiste à « *présenter en quelque sorte un tableau synoptique du droit administratif* » (*id.*, p. v). Sans trop s'expliquer sur les motifs qui l'ont conduit à n'introduire aucune théorie dans son ouvrage, il l'indique comme un choix sciemment mûri.

jurisprudence. Elle ne procède pas de l'incurie de ces administrativistes, comme si ces derniers se résignaient à conserver une méthodologie empruntée à l'Ancien Régime. Un contemporain du répertoire de BÉQUET souligne l'actualité – voire la permanence – des fonctionnalités auxquelles répond cet ouvrage¹⁸⁴. En fait cette littérature praticienne a contribué au dynamisme de la doctrine administrative en répercutant les opinions doctrinales, souvent en les confrontant à une critique.

- 130. De l'épanouissement d'une littérature essentiellement destinée à un nouveau lectorat praticien.** – Au regard des sources sur lesquelles nous avons travaillé, il est difficile de se prononcer sur le lectorat auquel se destinait cette littérature praticienne. Cela étant, il faut considérer que l'administration napoléonienne s'accrut dans des proportions inédites, entraînant la multiplication du personnel attaché à son service. Il fait peu de doute que les institutions substituées à celles de l'Ancien Régime génèrent à leur contact le développement de compétences professionnelles nouvelles et pléthoriques. En outre – et cela concerne spécialement les professions judiciaires – l'harmonisation de la législation sur l'ensemble du territoire métropolitain modifia le rapport des praticiens au Droit. Ce qui s'exprime par une nette prépondérance des éditeurs parisiens¹⁸⁵. Des recherches approfondies sur ces aspects seraient probablement fécondes. Quoi qu'il en soit, la genèse d'un capitalisme d'édition incita les éditeurs à se distinguer les uns des autres en offrant des publications qui pussent satisfaire au mieux les besoins des praticiens – sinon en anticipant ces besoins. La *Jurisprudence générale* de Désiré DALLOZ en est une illustration topique, par l'originalité de son format éditorial. Les raisons qui poussent ces administrativistes à recenser et condenser la « doctrine des auteurs » – suivant l'expression de l'époque – sont au moins de deux ordres. La première a déjà été entraperçue : la prétention des ouvrages théoriques les désigne pour un lectorat trop limité, ainsi qu'y insistait Armand DALLOZ :

Les jurisconsultes, les hommes jetés dans le mouvement des affaires, les magistrats qui ont besoin d'asseoir promptement une opinion, se plaignent souvent de ne rien trouver dans les ouvrages de ce qui pourrait leur être utile pour la solution des questions particulières ou générales qu'ils ont à approfondir¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Le répertoire de Léon BÉQUET est apprécié dans les années 1880 pour les mêmes motifs qui favorisèrent la publication d'ouvrages analogues dans la première moitié du XIX^e siècle. Ce combien même la littérature administrative se fût enrichie de nombreux traités comme ceux de BATBIE, DUCROCQ ou AUCOC. « *En matière administrative où plus qu'en toute autre matière le Répertoire est nécessaire, indispensable, il n'existait que des traités de droit administratif, les uns sommaires, bons pour des étudiants, insuffisants pour le fonctionnaire ou l'administrateur, ou des traités complets, scientifiques, s'adressant à un public spécial, savants sans nul doute, mais pour le vulgaire aussi incommodes, et par suite aussi inutiles pratiquement qu'ils étaient savants* » (DEBACQ Gabriel, Recension du *Répertoire du droit administratif* de BÉQUET, in R.C.L.J. 1885, LI, p. 204-205).

¹⁸⁵ Cf. en ce sens : MOLLIER Jean-Yves, « Droit, livre de », in FOUCHÉ Pascal, PÉCHOIN Daniel & SCHUWER Philippe (dir.), *Dictionnaire encyclopédique du livre*, op. cit. (2002), t. 1, p. 823.

¹⁸⁶ DALLOZ Armand (dir.), *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence...*, op. cit., (1^{re}

Dans ces ouvrages théoriques, la distribution d'un plan est conçue pour y articuler une démonstration plutôt que pour y accumuler des dissertations semblables à des plaidoiries sur les contentions récurrentes. Les tables y sont négligées et souvent peu adaptées aux recherches que pourraient souhaiter y faire un praticien¹⁸⁷. À la croisée du plan et des tables, c'est la manière de dérouler le propos qui indispose. Car il s'agit plus de convaincre en prenant à partie l'intelligence du lecteur, que de le lui livrer des connaissances pour un usage immédiat. « *Presque tous les ouvrages de doctrine (...) ont le grave inconvénient de rendre difficile la célérité des recherches, de réduire souvent ceux qui les consultent à la triste nécessité de parcourir tout un volume pour arriver aux passages qu'ils poursuivent* »¹⁸⁸. Le professeur SERRIGNY illustre ce contraste, tout en montrant qu'un administrativiste pouvait successivement recourir en pleine conscience à l'une et l'autre de ces deux démarches¹⁸⁹. La seconde raison tient à la librairie juridique : la prolifération des livres de droit (quoique particulièrement vrai pour le droit privé, cette remarque s'applique aussi pour le droit administratif). Elle introduit le désarroi chez les praticiens qui éprouvent des difficultés à se faire une opinion, tant il est malaisé de réunir toutes celles exprimées et de les confronter aussi rapidement que l'impose la pratique des affaires.

En présence de publications multipliées dans lesquelles se produisent sans cesse des systèmes contradictoires, on éprouve généralement le besoin de pouvoir réunir, à l'instant même et comme en un seul faisceau, sur un point donné de la science, toutes les opinions des auteurs, toutes les décisions des tribunaux. Or, comment arriver à ce résultat sans perte d'un temps considérable et sans se fatiguer en effort souvent stériles, si l'on est obligé de compulser tous les auteurs qui, de près ou de loin, peuvent avoir traité le point qu'on désire éclaircir ? Et comment y parvenir, lorsque, chargé de soins et d'affaire, ont n'a que quelques instans à consacrer à ce travail ?¹⁹⁰

D'autres résument cette impression : « *On peut dire que nous sommes arrivés une époque où il est difficile de s'instruire parce qu'on a trop de livres* »¹⁹¹. Par ailleurs, les ouvrages sont d'une valeur doctrinale inégale : l'écriture n'est pas une activité si rémunératrice

éd.) t. 1 (1835), p. vij.

¹⁸⁷ Les auteurs « *ont négligé de faire suivre leurs compositions de tables analytiques bien détaillées, bien liées, distribuées avec une exacte intelligence des opérations de l'esprit dans la recherche de tout ce qui peut éclairer un problème et donner la clé d'un ouvrage* » (*ibid.*).

¹⁸⁸ LACAN Adolphe, Recension du *Dictionnaire de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELMARRE, in *Le Droit* 1836 (23 août), n° 262.

¹⁸⁹ Le dijonnais SERRIGNY a publié un ouvrage exclusivement destiné à un lectorat praticien (*Questions et traités de droit administratif*, 1854), et des traités destinés à un public plus indifférencié quoique savant (*Traité de l'organisation de la compétence*, 1842 & *Traité du droit public des Français*, 1846).

¹⁹⁰ BOUSQUET Joseph, *Nouveau dictionnaire de droit, Résumé général de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence dans toutes les matières*, Paris Hingray, 1843-1844 (2 vol.), t. 1, Avertissement.

¹⁹¹ SÉBIRE & CARTERET (dir.), *Encyclopédie du droit ou répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale ; contenant par ordre alphabétique : l'explication de tous les termes de droit et de pratique ; – un traité raisonné sur chaque matière ; – la jurisprudence des diverses cours et du conseil-d'État ; – un sommaire des législations étrangères*, Paris, Coulon et C^{ie}, 1836-1846 (7 vol. ; inachevé), t. 1, p. vi.

qu'elle permette toujours aux auteurs d'y consacrer le temps qu'il leur serait nécessaire. Cela jette un certain discrédit sur l'ensemble de cette littérature¹⁹².

131. En somme, les ouvrages dits scientifiques et versant dans la théorie sont peu commodes aux praticiens. Depuis le vocabulaire qui y est parfois trop sophistiqué, jusqu'à la manière dont le lecteur est interpellé ; par la nécessité où il est placé de disposer d'une culture suffisante pour pénétrer le propos, ces ouvrages effarouchent ceux qui *pratiquent* le Droit au lieu de se l'approprier à force de lectures assidues et méditatives. Ce n'est pas que ces derniers y furent systématiquement indifférents. Néanmoins, leur profession ne leur accordait pas le temps nécessaire pour se livrer à de pénibles recherches et des lectures laborieuses ; pour rapprocher et confronter toutes les opinions exprimées sur un même sujet. Avec toutes les précautions dues à une hypothèse, nous pensons que l'épanouissement de la librairie juridique et subséquemment la concurrence croissante au sein de l'édition juridique ; – que les efforts des auteurs pour synthétiser le savoir juridique en conjuguant la loi, la jurisprudence et la doctrine ; – que le primat au sein de la majeure partie de la communauté juridique d'un matérialisme induit du légalisme, ont conduit certains auteurs – sinon éditeurs – à imaginer des nouvelles manières d'écrire le Droit en dotant la littérature juridique d'une nouvelle grammaire¹⁹³. D'aucuns ont procédé à des novations proportionnées aux besoins qu'ils ont cru pouvoir interpréter chez les praticiens – non sans succès, en témoigne l'œuvre des frères DALLOZ, tout à la fois auteurs et éditeurs. Ceux-ci furent de ceux qui se montrèrent sensibles vis-à-vis de la doctrine savante, en s'attachant à en assurer la circulation auprès d'un lectorat non-initié. C'est peut-être à ce titre que la littérature praticienne de divulgation est plus encore édifiante pour l'histoire du droit administratif.

¹⁹² « Un auteur veut composer en une année un ouvrage qui devrait être l'objet de dix ans de méditations continuelles ; car il sait que ses travaux ne recevront qu'un honoraire presque insignifiant, et que notre librairie, abattue par les contrefaçons étrangères, recule devant toute publication scientifique qui exigerait des dépenses considérables. Dans cette situation, il se hâte d'écrire » (DALLOZ Armand (dir.), *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1835), p. viii). Relativement à l'économie du livre de droit, DALLOZ vise un aspect rarement entraperçu – celui de la contrefaçon belge. Cf. à ce sujet : GODFROID François, *Aspects inconnus et méconnus de la contrefaçon en Belgique*, Bruxelles, Académie royale de langue et de littérature françaises, 1998, p. 455 sq.

¹⁹³ Cf. la notice du professeur HALPÉRIN : « Manuels, traités et autres livres (période contemporaine) », in ALLAND Denis & RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 990.

Section 2. – Une littérature fonctionnelle conçue pour divulguer la littérature savante

132. Des formats éditoriaux adoptés par la littérature praticienne de divulgation. –

Cette doctrine praticienne n'a pas seulement organisé sa promotion à l'aide d'une politique publicitaire fondée sur la stigmatisation et la dépréciation. Il faut encore porter l'attention sur les méthodes d'écriture et les formats scripturaux adoptés par les auteurs. Les répertoires privilégient l'ordre alphabétique¹⁹⁴ ; l'ordre chronologique pour les recueils¹⁹⁵. Certains juristes de nos jours se le sont expliqués par une continuité historique avec l'Ancien Régime¹⁹⁶, particulièrement « *l'encyclopédisme français* »¹⁹⁷. En nous efforçant à ne pas déformer leurs propos, ceux-ci semblent indiquer que les auteurs praticiens ont peiné à se désengager d'une pesanteur historique comme s'ils eussent été incapables de concevoir autre chose que des répertoires¹⁹⁸. Certains administrativistes se sont réclamés de juristes estimés sous l'Ancien Régime et dont la mémoire s'est gardée jusqu'au XIX^e siècle ; lorsqu'ils n'y ont pas été rapprochés par d'autres. MACAREL en donne l'exemple, à propos duquel un avocat s'exclame : « *Ce que ROUSSEAU LACOMBE, DENIZART et tant d'autres célèbres jurisconsultes ont fait pour la France parlementaire, M. MACAREL vient de l'entreprendre pour la France administrative* »¹⁹⁹. Seulement, il s'est agi d'une assimilation intelligente (non exempte d'adaptations) plutôt que d'une réplique entreprise par des esprits étroits. À notre sens, c'est moins l'effet à proprement parler d'une tradition littéraire que la permanence d'une *praxis* des professions juridiques qui en est cause²⁰⁰. Le format de ces ouvrages est tout désigné par l'usage auquel ils sont destinés. ISAMBERT ne s'y trompe pas lorsqu'il présente les *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL

¹⁹⁴ Cf. VUILLEFROY & MONNIER qui s'en justifient dans des remarques liminaires à leur ouvrage : *Principes d'administration extraits des avis du Conseil d'État et du Comité de l'intérieur, des circulaires ministérielles, etc.*, etc. (Paris, Joubert, 1837, p. ij).

¹⁹⁵ Les répertoires discutent souvent en introduction du système le plus idoine entre l'ordre alphabétique et l'ordre chronologique, en confrontant les avantages et inconvénients respectifs à chacune de ces deux options.

¹⁹⁶ Cf. par exemple les professeurs BURDEAU (*Histoire du droit administratif...*, *op. cit.* (1995), p. 111) et TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 70).

¹⁹⁷ FORTSAKIS Theodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 69 (thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas).

¹⁹⁸ Il n'en reste pas moins vrai que ces auteurs praticiens se réclament très souvent d'auteurs estimés sous l'Ancien Régime pour leurs répertoires – ROUSSEAU DE LA COMBE en particulier. Il ne s'agit pas de nier catégoriquement que ces auteurs ont été l'objet de réferents pour les juristes du XIX^e siècle. Mais il convient en outre d'apprécier comment ces réferents ont été assimilés par ceux-ci.

¹⁹⁹ DELAPLESSE, Recension des *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL, in *Journal général de législation et de jurisprudence* 1820, II, p. 398.

²⁰⁰ Comme le note le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 70) ou peu avant lui le professeur FORTSAKIS (*Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, *op. cit.* (1987), p. 67 *sq.*), la fonctionnalité des répertoires est assez évidente pour qu'il ne soit pas besoin de la démontrer. Elle est moins – selon nous – la marque d'une époque que le trait d'une profession – ou mieux : des professions judiciaires.

comme un « *manuel de tous ceux qui ont des intérêts à débattre avec l'administration* »²⁰¹. Ces ouvrages se distinguent par leur fonctionnalité, depuis leur organisation par matières, jusqu'à leur format dont le propre fut d'être maniable pour s'épargner l'accès – difficile – à des traités ou des recueils aux volumes innombrables²⁰². C'est sous cet avantage que fut loué le dictionnaire de BLOCK, comme « *le répertoire le plus commode et le plus exact de notre droit administratif* »²⁰³ ; ou que BLANCHE fit la promotion de son propre dictionnaire. « *Indiquer la lacune qui existe dans la bibliographie administrative, c'est dire l'objet que s'est proposé l'éditeur du Dictionnaire général d'administration* »²⁰⁴ – savoir :

Exposer dans un ouvrage suffisamment étendu, mais renfermé, cependant, dans de sages limites, toutes les matières d'administration, tous les mots de la langue administrative ; donner sur chacun, de la manière la plus exacte, toutes les notions nécessaires ; adopter, enfin, un mode de publication qui permette de dire beaucoup en peu de place, et rendre ainsi ce livre accessible à tous par son prix, tel est le but que veut atteindre l'éditeur du Dictionnaire²⁰⁵.

133. LE RAT DE MAGNITOT et HUARD-DELAMARRE indiquent explicitement que la forme de leur ouvrage – un dictionnaire – procède d'un choix raisonné plutôt que de l'attachement à une tradition littéraire.

[Les auteurs] avaient à choisir entre les divers modes adoptés jusqu'à ce jour dans ce genre d'ouvrages, savoir : les Traités, les Commentaires ou les Répertoires alphabétiques.

Chacune de ces manières d'expliquer et d'enseigner la science du droit a des avantages qui lui sont propres. Dans les Traités, la théorie se développe plus largement ; les Commentaires ont pour objet principal d'éclairer et de résoudre les difficultés que présentent les textes des lois ; enfin les Dictionnaires ou Répertoires alphabétiques sont commodes pour le maniement journalier des affaires.

²⁰¹ ISAMBERT François-André, Recension des *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL, in *Thémis* 1819, II, p. 146.

²⁰² L'avocat JAMET a délicieusement dépeint cette situation : « *Jamais, plus qu'aujourd'hui, il ne fut insupportable au lecteur de s'envelir journellement sous de gros volumes. Ces in-folios majestueux, honneur des bibliothèques de nos pères, ont été bannis des nôtres. Relégués dans les dépôts publics, ils gisent poudreux sur les rayons de salles délaissés : monumens de la science abandonnés dans la solitude, comme ces temples des dieux d'autrefois oubliés au désert. Jamais, non plus, livre n'en résuma tant d'autres ; cinq cents volumes y sont analysés : c'est une bibliothèque réduite à sa quintessence. Grâce à ce puissant sommaire, la science a fait pour les praticiens comme MAHOMET pour la montagne : ils ne venaient pas à elle, elle est allée à eux* » (Recension du *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence* (1^{re} éd.) d'Armand DALLOZ, in *Gazette des tribunaux* 1835 (10 septembre), n° 3138).

²⁰³ DARESTE Rodolphe, Recension du *Dictionnaire d'administration française* (1^{re} éd.) de BLOCK, in R.H.D.F.E. 1857, p. 381). À l'occasion de sa réédition, Charles TRANCHANT (conseiller d'État) insistait encore : « *Le Dictionnaire (...) est un livre bien connu, devenu depuis longtemps, à côté des collections étendues, le manuel le plus complet et le plus commode de l'administration* » (c'est nous qui soulignons) (Recension du *Dictionnaire d'administration française* (2^e éd.) de BLOCK, in *Bulletin de la Société de législation comparée* 1878, VII, p. 182).

²⁰⁴ BLANCHE Alfred (dir.), *Dictionnaire général d'administration contenant la définition de tous les mots de la langue administrative et sur chaque matière 1° l'histoire de la législation, 2° l'exposé des lois, ordonnances, règlements et instructions, 3° le résumé de la jurisprudence, 4° l'indication des formalités à remplir, des autorisations à demander, des pièces à produire, etc. ; ouvrage utile aux gens du monde et à toutes les classes de fonctionnaires*, Paris, Dupont, 1846-1849 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, prospectus.

²⁰⁵ *Ibid.*

Or, destinant leur ouvrage, non-seulement aux fonctionnaires de l'ordre administratif et aux jurisconsultes, mais encore aux administrés, c'est-à-dire aux propriétaires, éligibles, électeurs, contribuables, manufacturiers, gardes-nationaux, concessionnaires ou entrepreneurs de travaux publics, *etc.*, *etc.*, les auteurs ont adopté la forme de dictionnaire comme la plus simple et le plus généralement préférée²⁰⁶.

Dans une recension faite de cet ouvrage, l'un relève avec discernement : « *Les auteurs ont adopté la forme d'un dictionnaire, forme indiquée par la nature même de leur livre, comme pouvant faciliter plus qu'aucune autre les recherches qu'exige le maniement quotidien des affaires* »²⁰⁷ ; un autre souligne : « *Il était à désirer que (...) par [la forme adoptée, l'ouvrage fût] telle que, sans effort, sans embarras, le lecteur pût aller de suite, en droite ligne, aux citations et aux solutions qu'il veut connaître* »²⁰⁸ C'est encore TARBÉ DE VAUXCLAIRS qui préfère « *la forme d'un DICTIONNAIRE* » dont la commodité d'usage le rend plus convenable à la « *classe de fonctionnaires dont l'éducation première est étrangère à l'étude générale des lois* »²⁰⁹. Lorsque certains ont « *cherché à réunir les avantages d'un traité méthodique à ceux d'un dictionnaire* »²¹⁰ pour donner à leur ouvrage plus de consistance, c'est toujours en livrant au public un *opus* aux dimensions maniables²¹¹. D'autres ont préféré la forme d'un périodique comme un *medium* plus adapté. Tels CHAUEAU et BATBIE avec leur *Journal du droit administratif*, par lequel ils ont souhaité « *faire une œuvre qui n'aura d'autre mérite que son utilité* »²¹².

Pour obtenir ce résultat, un journal sera toujours plus utile que les meilleurs livres. Ceux-ci exigent une étude soutenue, tandis qu'une publication périodique produit son effet peu à peu. Elle ne fatigue pas

²⁰⁶ LE RAT DE MAGNITOT Albin & HUARD-DELMARRE Ambroise, *Dictionnaire de droit public et administratif, contenant l'esprit des lois administratives et des ordonnances réglementaires, l'analyse des circulaires ministérielles, la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur le contentieux de l'administration, les opinions comparées des auteurs sur les mêmes matières, etc., etc.*, Paris, Joubert, 1836-1837 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. ij-iiij.

²⁰⁷ LAFARGUE P.-C., Recension du *Dictionnaire de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELMARRE, in *Gazette des tribunaux* 1838 (14 juin), n° 3981.

²⁰⁸ LACAN Adolphe, Recension du *Dictionnaire de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELMARRE, in *Le Droit* 1836 (23 août), n° 262

²⁰⁹ TARBÉ DE VAUXCLAIRS Jean-Bernard, *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes considérés dans leurs rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence. À l'usage des ingénieurs de tous les services publics, des architectes, concessionnaires, entrepreneurs et experts, des propriétaires dont l'intérêt particulier peut se trouver opposé à l'intérêt général, et à des administrateurs ou magistrats appelés à prononcer en cette matière*, Paris, Carilian-Gœury, 1835, p. ix.

²¹⁰ BLOCK Maurice (dir.), *Dictionnaire de l'administration française, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1846), p. vi.

²¹¹ Maurice BLOCK est tout à fait lucide sur les défauts d'un ouvrage qui, en couvrant le droit administratif dans son entier, tient en un seul volume (de 1630 pages tout de même !). Il prévient les critiques de ses contemporains en sollicitant leur indulgence lorsqu'ils pourraient regretter l'absence de certains développements, leur rappelant qu'il s'est efforcé de condenser son ouvrage en « *3,200 colonnes* » : « *Nous espérons qu'on voudra bien reconnaître que nous avons consciencieusement utilisé l'espace dont nous disposons* » (*id.*, p. vij).

²¹² CHAUEAU Adolphe & BATBIE Anselme-Polycarpe, *Journal du Droit administratif ou le Droit administratif mis à la portée de tout le monde, Recueil qui comprend la législation, la Jurisprudence, la Doctrine et les Faits se rattachant à l'Administration, pus spécialement destiné aux Maires et Membres des Conseils municipaux, Membres des Conseils généraux, des Fabriques, des Établissements publics, et pouvant servir de Guide aux Instituteurs primaires, aux Propriétaires, aux Contribuables, aux Patentables, etc., etc.*, Toulouse, au bureau du journal, 1853, t. 1, p. 10.

l'esprit et ressemble à une nourriture lentement absorbée. D'ailleurs, un livre, fût-il excellent, n'exerce son action qu'à un moment donné, et, son bienfait s'efface après quelque temps. Un journal, au contraire, intervient dans les rapports de l'administration avec les administrés, à des époques fixes, et, à force d'avertir, obtient des effets assurés. Un livre doit être écrit avec sévérité, et suivre scrupuleusement une méthode. Un journal se prête mieux aux formes du style familial et gagne en efficacité ce qu'il perd en élégance²¹³.

Dans une espèce de surenchère, certains s'essayèrent à réaliser des ouvrages toujours plus ramassés, révélant par ces efforts le souci qu'ils eurent de soumettre au lecteur un strict nécessaire, toujours plus condensé et épuré d'un superflu. Ainsi en est-il de LAFFON DE LABÉDAT, administrateur à l'institution des sourds-muets de Paris :

Ce n'est pas un Dictionnaire de Droit administratif que j'ai voulu faire, bien moins encore un Traité *ex professo*. (...)

Ces ouvrages sont volumineux et hors de la portée commune : les développements qu'ils contiennent (...) ne remplissent pas le but que je me suis proposé : je me suis appliqué à en extraire les principes, que je présente comme autant d'axiomes qui se gravent aisément dans la mémoire et doivent suffire pour donner une idée du Droit administratif et en faire comprendre l'importance²¹⁴.

Et ceci pour se démarquer d'auteurs comme HUARD-DELAMARRE ou CHABROL-CHAMÉANE, que nous classons pourtant au sein de cette doctrine praticienne de divulgation ! Il est aisé d'apercevoir qu'en poursuivant les mêmes ambitions, les auteurs de cette doctrine ont proposé des ouvrages parfois très différents les uns des autres, en particulier sous l'aspect de leurs dimensions. D'où la précaution déjà énoncée : il serait imprudent d'adresser à cette doctrine une opinion qui ne tînt pas compte de son caractère hétéroclite par-delà l'uniformité des intentions de leurs auteurs.

- 134. De l'emploi des « matières administratives ».** – Cette attention manifestée à propos de la maniabilité et de la commodité de ces *opus* vient confirmer la démarche de leurs auteurs, en même temps qu'elle nous aide à saisir le caractère de cette littérature. C'est pourquoi nous souhaiterions revenir sur les « matières administratives » – abordées dans le chapitre précédent à propos de la doctrine universitaire de vulgarisation. Nous avons indiqué qu'elles s'accolaient au programme des examens tel que défini par la faculté de Paris. Dans cette littérature praticienne, nous pensons qu'elles procèdent d'autre chose encore. Un indice tient au nombre des matières qui est autrement plus conséquent dans les manuels universitaires, tandis que dans ceux-ci elles sont limitées aux chapitres d'examen²¹⁵.

²¹³ *Id.*, p. 11.

²¹⁴ LAFFON DE LABÉDAT Émile, *Recueil des principes du droit administratif et du droit public qui se rattache à l'administration*, Paris, Videcoq père & fils, 1842, p. vi.

²¹⁵ MACAREL décline vingt-trois matières dans ses *Éléments* (1818) ; CORMENIN, quarante-trois dans la

Évoluant hors du cadre académique, les ouvrages qui s’y rapportent ont opté pour les matières administratives comme une adaptation des dictionnaires au droit administratif. L’un des inconvénients propre à ces derniers est de multiplier les occurrences et de forcer le lecteur à de nombreux renvois en scindant un sujet entre plusieurs développements dispersés à travers l’ouvrage.

[LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELMARRE] ont su (...) concilier, par la distribution des matières, les avantages de l’ordre didactique et ceux de l’ordre alphabétique, de telle sorte que leur ouvrage n’est en réalité qu’un répertoire des traités particuliers, classés selon l’ordre du vocabulaire. C’est ainsi qu’au lieu de fractionner une matière en autant d’articles qu’elle aurait pu fournir de mots d’une importance secondaire, ils se sont attachés à grouper sous un même mot principal tout ce qui est relatif à cette matière. (...) On comprend combien cette marche est propre à prévenir le morcellement trop multiplié des matières, sans nuire en rien à la facilité des recherches de détail, parce que chaque mot technique usité dans le langage du droit public et administratif a d’ailleurs sa place assurée dans le dictionnaire, sauf renvoi au mot dominant sous lequel doit se trouver sa définition, accompagnée de toutes les explications qui concourent à la rendre aussi complète que possible²¹⁶.

La forme du dictionnaire est le plus souvent préférée pour l’exposé du droit administratif lorsqu’il est associé au droit privé²¹⁷, ou bien à des disciplines non-juridiques comme l’ingénierie civile et militaire²¹⁸. Lorsqu’elles sont calibrées avec perspicacité et développées avec intelligence, ces matières administratives – à l’instar du traité de DUFOUR – « *constitu[ent] moins un dictionnaire qu’une collection de monographies* » au point que « *chaque matière forme un traité complet sur des parties considérables du droit administratif français* »²¹⁹. Par là-même il est question de « *réunir les avantages d’un travail d’ensemble à l’utilité d’un traité spécial sur chacune des matières dont se compose le droit administratif* »²²⁰. C’est encore la démarche de l’avocat aux Conseils CHEVALIER qui

première édition (1822) de ses *Questions* et jusqu’à quarante-six dans la cinquième et dernière édition (1840) ; CHEVALIER, soixante-deux dans sa *Jurisprudence administrative* (1836) ; DUFOUR, vingt-sept dans la première édition de son *Traité* (1843-1845) et jusqu’à trente-cinq dans la troisième et dernière édition (1868-1901).

²¹⁶ LAFARGUE P.-C., Recension du *Dictionnaire de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELMARRE, in *Gazette des tribunaux* 1838 (14 juin), n° 3981.

²¹⁷ Cf. par exemple le *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative* de FAVARD DE LANGLADE (1823-1824) ; le *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* de Désiré DALLOZ (1824-1830, 1^{re} éd.) ; le *Manuel du praticien* de RONDONNEAU (seule la 3^e éd. (1833) comprend à sa suite un dictionnaire du droit administratif) ; le *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence* d’Armand DALLOZ (1835-1841) ; ou l’*Encyclopédie du droit* de SÉBIRE & CARTERET (1836-1846).

²¹⁸ Cf. par exemple le *Dictionnaire des travaux publics* de TARBÉ DE VAUXCLAIRS (1835).

²¹⁹ MOHL Robert (von), « Du droit administratif en France. Examen des ouvrages de MM. LAFERRIÈRE, CHAUVEAU, DUFOUR et MACAREL », in *R.L.J.* 1845, XXIII, p. 370.

²²⁰ Anonyme, Recension du *Traité général de droit administratif appliqué* (1^{re} éd.) de DUFOUR, in *Gazette des tribunaux* 1843 (22 juin), n° 5052.

s'est attaché à ce que « *chaque article fût à lui seul, sous le rapport de la matière qui en fait le sujet, un traité complet du contentieux administratif* »²²¹.

135. Les contemporains ne se sont pas laissé abuser sur la portée doctrinale de cette organisation. À propos du traité de DUFOUR, le professeur allemand MOHL écrivait en connaisseur avisé de la doctrine administrative française : « *Un livre composé si directement en vue de la pratique ne donne pas, on le conçoit, de recherches sur les questions de droit philosophique ni des discussions sur les principes fondamentaux du droit public constitutionnel. (...) La division du livre est très-simple et calculée en vue de l'utilité pratique* »²²². Firmin LAFERRIÈRE en fit la critique en soulignant l'inadéquation entre l'intitulé de l'ouvrage et sa composition : « *Il est plutôt un recueil de traités particuliers qu'un traité général de droit administratif appliqué. La forme du traité ne peut se concilier avec l'ordre ou le désordre alphabétique. Elle suppose un plan qui embrasse toutes les parties du sujet par un lien naturel et logique* »²²³. En fait, le scepticisme que d'aucuns manifestèrent à l'égard des matières administratives ne procède pas tant des avantages pratiques évidents, que du fait qu'elles accréditent l'idée que le droit administratif ne fût pas un droit, puisque insusceptible d'être organisé rationnellement.

Il peut avoir quelques avantages au point de vue exclusivement pratique, surtout en ce qui touche la facilité des recherches. Mais il n'en est pas de même au point de vue scientifique ; et, sans vouloir nier les difficultés de l'entreprise, il ne paraît pas impossible de classer méthodiquement les diverses matières administratives, de manière à produire un ensemble qui ait un véritable caractère dogmatique et scientifique, et qui force les esprits les plus rebelles à reconnaître qu'en définitive le droit administratif est une science²²⁴.

En condamnant fermement l'emploi des matières administratives à une époque où la valeur scientifique du droit administratif s'imposait tendanciellement, Théophile DUCROCQ a entériné cette mésestime. Il popularisa l'idée suivant laquelle la doctrine administrative eût été jusqu'alors bloquée dans une impasse méthodologique, les administrativistes y recourant comme de force.

Les mots ont leurs conséquences fatales. Celui de matières administratives a beaucoup contribué à faire envisager le Droit administratif comme formé de la réunion de législations diverses sur des sujets multiples devant donner lieu à autant d'études ou de traités distincts, sans liens entre eux, sans principes communs et généraux qui relient et dominent toutes les parties de ce vaste ensemble. Or, cette conception du Droit administratif est

²²¹ CHEVALIER Théodore, *Jurisprudence administrative ou Recueil complet et méthodique, par ordre alphabétique, des arrêts du Conseil d'État en matière contentieuse avec la législation qu'ils appliquent*, Paris, Dupont, 1836 (2 vol.), t. 1, p. iii.

²²² MOHL Robert (von), « Du droit administratif en France... », in R.L.J. 1845, XXIII, p. 369-370.

²²³ LAFERRIÈRE Firmin, Recension du *Traité général de droit administratif appliqué* (2^e éd.) de DUFOUR, in R.C.L.J. 1858, XII, p. 543-544.

²²⁴ HUC Théophile, Recension du *Traité général de droit administratif appliqué* (2^e éd.) de DUFOUR, in *Académie de législation de Toulouse* 1859, VIII, p. 234-235.

destructive de toute idée scientifique. Rien n'a plus contribué à paralyser ses développements et à lui nuire dans l'esprit public. Il demande, avec raison, à voir, à côté des textes, les principes qui les dominent, les animent, les relient, les sanctionnent et les fécondent²²⁵.

Cette lecture est biaisée parce qu'elle néglige, d'une part, le fait que seuls les auteurs praticiens employèrent les matières administratives, et, d'autre part, qu'ils s'en justifiaient par des raisons positives plutôt que par leur capacité à procéder autrement. Le malheur, c'est que cette interprétation nous est restée comme le symbole d'une doctrine administrative inhabile à sortir de ses nimbos.

136. Un *media* idoine pour divulguer les doctrines savantes des administrativistes.

– Ces matières administratives participent d'une partition propre à une littérature praticienne, assez semblable à celle des recueils, répertoires et dictionnaires. Cette organisation méthodologique, sans aucune prétention dogmatique, a aidé à thématiser le droit administratif pour mieux en pénétrer les arcanes et y assembler législation, jurisprudence et doctrine. Sans avoir contribué à une réflexion systématique sur le droit administratif, elle a participé à mettre le droit administratif à la portée des praticiens en rendant les doctrines des auteurs plus familières aux praticiens. D'aucuns n'ont pas manqué d'y introduire des critiques personnelles, excitant ainsi le débat des opinions. Ainsi en est-il du *Dictionnaire* et du *Répertoire* des DALLOZ, œuvres pionnières en ce domaine.

Le dictionnaire de M. Armand DALLOZ (...) renferme en outre cependant, et sur la majeure partie des matières, des théories personnelles à l'auteur. L'ouvrage ne saurait donc être considéré comme un fonds commun dans lequel chacun puisse puiser sans avouer ses emprunts²²⁶.

À tout le moins les opinions sont-elles discutées après avoir été colligées et résumées. Il est donc question d'un travail de synthétisation, de divulgation et – dans une certaine mesure – de critique, qui fait corps avec l'expression sévère et laconique d'un *compendium*²²⁷. Certains paraissent s'en être alarmés. En déplorant ce qu'ils rapprochèrent du plagiat, ils ont craint ou déploré que cette divulgation des doctrines conduisît les lecteurs à délaisser un peu plus les ouvrages originaux.

²²⁵ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, Paris, Fontemoing, 1897-1905 (7^e éd., 7 vol.), t. 1, p. xxx-xxxi.

²²⁶ PONT Paul, Recension du *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence* (2^e éd.) d'Armand DALLOZ, in *R.L.J.* 1843, XVII, p. 515.

²²⁷ « M. A. DALLOZ ne s'est pas borné, froid compilateur dont tout le mérite serait la fidélité, à rechercher partout et entasser ensuite sans discernement des textes, des décisions et des arrêts. Annotateur éclairé, jurisconsulte d'un jugement sûr, toujours il a eu soin d'éclaircir la lettre par son esprit, d'expliquer la loi nouvelle par l'ancienne, en montrant les rapports et les différences de l'une avec l'autre ; de rapprocher les décisions des auteurs et des Cours, des textes qui leur servent de motifs ; enfin de soumettre tous ces documents au contrôle de la critique » (MOULIN L.-H., Recension du *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence* (1^{re} éd.) d'Armand DALLOZ, in *Gazette des tribunaux* 1837 (6 janvier), n° 3530).

L'auteur (...) ne fait (...) que remplir une des conditions essentielles à la nature même de son œuvre ; et par conséquent, nous ne pouvons nous associer à des critiques, à des reproches que nous avons entendu formuler quelquefois et qui consistent à prêter à l'auteur la pensée ambitieuse de se substituer aux écrivains qui l'ont précédé, en les reproduisant, et de faire de son livre, en quelque sorte, une bibliothèque qui rendrait désormais inutiles les traités ou les commentaires spéciaux. Nous croyons, quant à nous, qu'un répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence, manquerait aux conditions de sa nature même, si l'auteur s'en tenait à y produire ses propres idées, s'abstenant de citer les opinions de ceux qui l'ont précédé dans une science dont il fait pour ainsi dire le bilan. (...) Loin d'absorber les écrivains dont il enregistre les doctrines, le Répertoire de M. DALLOZ tend à les répandre et à les vulgariser²²⁸.

137. Cette caractéristique nous permet d'achever nos propos par une considération capitale. En parlant de *doctrine praticienne de divulgation*, nous n'avons pas entendu dire qu'elle s'est simplement donnée pour objet celui de faire connaître le droit administratif. Elle a par là-même diffusé la doctrine administrative, bien souvent enfermée dans des traités dont la lecture était limitée à des cercles circonscrits (haute-magistrature, advocature aulique, corps universitaire). Cette littérature n'a pas seulement fait connaître la législation et la jurisprudence administratives ; mais avec cela les théories doctrinales dont le droit administratif fut l'objet. La *Jurisprudence générale* est en quelque sorte un chef-d'œuvre de ce genre littéraire – ou plutôt perçu comme tel. « *L'alliance est complète entre la théorie et la pratique : l'élément jurisprudentiel et l'élément législatif marchent à côté de l'élément doctrinal et l'éclairent, et de ces éléments divers, dont se compose la science et qui la constituent, sortent dans chaque matière du droit, l'ensemble le plus complet et le plus précieux enseignement* »²²⁹. DALLOZ se félicite précisément d'avoir augmenté dans la seconde édition de sa *Jurisprudence générale* la part consacrée à la doctrine – notamment dans des matières comme le droit administratif qui ont connu entre les deux éditions un développement notable²³⁰. Derrière cet argument publicitaire, nous pouvons y entrevoir un lectorat praticien suffisamment réceptif à la doctrine pour qu'un auteur (et éditeur) aussi attentif à ses aspirations que le fut DALLOZ, crût opportun de l'envisager dans de plus larges proportions. Les auteurs du *Répertoire général* constitué à partir du *Journal du Palais* l'expriment tout aussi clairement : « [Le répertoire] est (...) dans une certaine mesure, une œuvre de doctrine, puisqu'il

²²⁸ PONT Paul, Recension de la *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* (2^e éd.) de DALLOZ AÎNÉ, in R.C.L.J. 1855, VI, p. 80.

²²⁹ *Id.*, p. 79.

²³⁰ DALLOZ Désiré, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Paris, Au bureau de la Jurisprudence générale, 1845-1870 (2^e éd., 44 vol.), t. 2 (1845), p. vi *sq.* Il est révélateur à notre sens que dans l'introduction à la première édition de ce répertoire (1824), l'auteur ait été beaucoup plus discret sur l'importance de la doctrine, comme s'il eût souhaité ne pas apeurer un lectorat praticien encore à conquérir ; comme si seul le succès de la première édition l'eût autorisé dans la seconde à une plus grande latitude quant à l'appréciation de la place de la doctrine dans le Droit.

*renferme fréquemment l'expression d'opinions qui lui sont propres et la critique de théories douteuses »*²³¹.

138. La doctrine praticienne de divulgation : pierre angulaire de la littérature

administrative. – Sans que les ouvrages que nous comprenons sous cette doctrine fussent tous concernés, la plupart d'entre eux ont prolongé ces doctrines dont la facture plus théorique en cantonnait la diffusion à des cercles restreints. Ils leur ont conféré une manifestation plus digeste à l'attention d'un public soucieux avant tout d'idées sommaires, de formules brèves et faciles à confronter avec la législation et la jurisprudence. Leurs auteurs les ont non seulement propagé en leur conférant une plus large audience, mais ils en ont aussi permis une confrontation et une critique plus commode pour ceux qui n'avaient pas le loisir – ou/et les ressources financières – de les réunir toutes pour les soumettre à leur examen. En les réverbérant, ils ont largement contribué à ce que des opinions des auteurs fussent, par leur circulation, leur réception et leur critique, assimilées à la grammaire de la communauté juridique. Cette doctrine praticienne a informé plus largement la doctrine administrative en lui conférant des proportions élargies à un public affairé, mais pas moins curieux et attentif à l'actualité doctrinale. Elle a été comme un *forum* où les opinions doctrinales se sont propagées en s'ouvrant à des vastes publics. Elle a été en somme comme un trait d'union entre plusieurs segments de la communauté juridique, dont les ressorts spécifiques à chacun ne favorisaient pas spécialement les interactions. Que l'on ne se figure pas que celle-là fût scindée en parties distinctes, comme s'il y eût des praticiens et des théoriciens. La dichotomie souvent débattue à cette époque entre la théorie et la pratique ne recouvre pas une partition professionnelle. Elle révèle plutôt des inclinations intellectuelles compliquées d'enjeux économiques, et qui se reflètent dans l'orientation de la littérature juridique. Certains auteurs cherchent à adopter une position équidistante. De ce point de vue, l'œuvre des frères DALLOZ²³², concurrencée en cela par le répertoire dirigé par LEDRU-ROLLIN²³³, est une manifestation emblématique de cette littérature dont l'un des objets essentiels fut, en développant un exposé synthétique du Droit, de prolonger l'impact des opinions doctrinales jusqu'à un lectorat peu soucieux de remonter jusqu'aux ouvrages originaux.

139. Cette doctrine fut capitale dans la mesure où elle s'est revendiquée comme un lieu de médiation, de confrontation et – pour quelques-uns – de critique. L'auteur d'une

²³¹ LEDRU-ROLLIN Alexandre (dir.), *Journal du Palais. Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, Paris, Patris, 1845-1857, 15 vol., t. 1, p. vi.

²³² Il s'agit du *Répertoire méthodique de la législation et de la jurisprudence modernes en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public* (1824-1830, 12 vol.) qui a fait l'objet d'une seconde édition (1845-1870, 47 vol.), augmentée d'un supplément (1887-1897, 19 vol.).

²³³ Il s'agit du *Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845* (1845-1857, 15 vol.).

recension du répertoire de FAVARD DE LANGLADE l'indiquait suffisamment dès les années 1820 – en passant sous silence, il est vrai, le dernier de ces aspects.

Les rédacteurs devront surtout se rappeler qu'ils écrivent, non pour faire prévaloir leurs opinions personnelles, mais pour constater l'état de la jurisprudence et le résultat des controverses existantes, enfin pour éviter au lecteur de longues et difficiles recherches. Il faut donc lui indiquer toutes les sources et toutes les opinions, ne point taire celles qui contredisent la nôtre, et ne pas les affaiblir par la manière dont on les présente ; il faut analyser, citer beaucoup, citer juste, et ne trancher jamais²³⁴.

Négliger cette espèce de doctrine, c'est nier ce que l'architecture de la littérature administrative a de complexe, lorsque par le jeu de la concurrence éditoriale elle embrasse plusieurs sortes de lectorats dont les limites mêmes se définissent avec la spécialisation de ces littératures ; c'est omettre les contraintes éditoriales auxquelles ont été soumis les auteurs et la synergie à laquelle cette littérature praticienne participe au sein de la littérature administrative ; enfin, c'est soustraire à notre examen les conditions dans lesquelles les discours doctrinaux ont pu seulement être formalisés, c'est-à-dire comment ils ont pu être portés. C'est de tout cela à la fois dont il est question avec la doctrine praticienne de divulgation. La négliger, c'est s'empêcher d'apprécier à leur juste valeur les ouvrages proprement savants, tant ces derniers ont été solidaires de cette doctrine pour la répercussion de leurs thèses.

²³⁴ A.. T. H. [docteur en droit], Recension du *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative* de FAVARD DE LANGLADE, in *Thémis* 1823, V, p. 451.

Chapitre 4

La doctrine savante de systématisation

140. La dernière des quatre catégories porte sur une doctrine savante que nous avons qualifiée de systématisation. C'est elle qui, généralement, est mise en valeur dans les travaux historiques – non sans quelques raisons. S'y trouvent les discours doctrinaux les plus originaux, c'est-à-dire ceux qui se prêtent à faire voir les évolutions doctrinales du droit administratif. Cela étant, nous souhaitons discuter ce point de vue. Non point pour dévaloriser cette littérature, mais plutôt pour convaincre de ce qu'elle ne peut s'apprécier qu'à l'aune des littératures précédemment abordées. Elle-même éclaire la manière dont le droit administratif a été successivement conçu, et les facteurs qui, par son biais, ont privilégié certaines de ses représentations plutôt que d'autres (**section 1**). Particulièrement au cours du second XIX^e siècle, la littérature savante de systématisation s'est imposée comme une alternative à l'impossibilité de codifier le droit administratif. Essentiellement incarnée par des universitaires, ces derniers se sont efforcés d'étayer par une armature scientifique un droit perçu comme inconsistent (**section 2**).

Section première. – Une littérature savante portée à promouvoir le droit administratif au sein d'une culture juridique civiliste

141. **La doctrine de systématisation : une littérature savante essentiellement universitaire.** – La doctrine savante de systématisation ne recouvre pas une littérature dont la particularité eût été d'être théorique. Cela laisserait croire que la théorie et la pratique détermineraient deux types antinomiques de littérature²³⁵. Cette doctrine désigne plutôt des auteurs qui ont souhaité exposer l'ensemble du droit administratif à un lectorat qui ne fût pas spécialement indiqué (en cela elle se distingue de la doctrine universitaire de vulgarisation), et qui, ce faisant, ont dû s'attacher à dégager des principes susceptibles d'articuler chacune des parties de la législation et de la jurisprudence administratives (en cela elle se distingue de la doctrine praticienne de divulgation), pour donner à voir ce droit comme une science juridique proprement dite, sans nécessairement tout en dire. Autrement dit, comme un savoir élaboré à partir de principes autour desquels les normes puissent se

²³⁵ Les traités (précités) de SERRIGNY et BATBIE ont chacun la prétention de recouvrir ces deux aspects de la science du droit administratif. L'intitulé choisi par le second est significatif : *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*. De même, certains ouvrages de vulgarisation ont eu une portée indéniablement théorique, comme les *Questions de droit administratif* de CORMENIN (dans ses dernières éditions).

déployer régulièrement selon la valeur qui fut à chacune assignée. À ce titre, certains ouvrages ne relèvent pas de cette doctrine sans susciter quelques difficultés, tant les intentions de leur auteur se sont compliquées d'une ambition pratique où le développement d'une méthode dogmatique y occupe une place qui le cède à une démarche positiviste à la destination des praticiens²³⁶. Quoi qu'il en soit, notre typologie n'a pas un but prescriptif comme si nous voulions y faire rentrer tous les auteurs sans aucune exception dans une certaine catégorie. Elle n'est pas viciée pour cela seul que certains d'entre eux se situent à la marge de l'une, ou bien à cheval entre deux. Notre souhait consiste plus modestement à rendre compte de plusieurs genres littéraires. Nous pensons y parvenir en dégagant des profils plutôt qu'en définissant des identités auxquelles se réduisent tous les cas singuliers.

142. Les auteurs de cette doctrine de systématisation ont été pour la plupart enseignants²³⁷ – dans les facultés de droit, mais aussi à l'École des ponts et chaussées²³⁸. C'est d'après ce sacerdoce qu'ils ont tous envisagé leur ouvrage : non pas en enseignant à des étudiants, mais en enseignant le droit administratif – ou une partie de celui-ci, comme le contentieux administratif ou le droit des travaux publics²³⁹ – aux étudiants comme aux citoyens, sinon plus restrictivement aux gens d'affaires. COTELLE ne discernait-il pas pour les facultés « deux missions également utiles » : « l'une à populariser les vérités importantes, l'autre à les approfondir et à les féconder »²⁴⁰ ? Firmin LAFERRIÈRE quant à

²³⁶ Tel est le cas par exemple du *Traité de l'organisation de la compétence* de SERRIGNY (1842), lequel ne dissimule d'ailleurs pas ses intentions.

²³⁷ BATBIE le signale : ce sont surtout des auteurs « appartenant tous à l'enseignement des Facultés de droit, qui ont tenté d'établir un peu d'ordre entre des dispositions diverses par leur origine et par leur date ». Et celui-ci de citer entre autres GÉRANDO, FOUCART, LAFERRIÈRE, CHAUVEAU, TROLLEY, SERRIGNY (*Introduction générale au droit public et administratif*, op. cit. (1861), p. 3-4). Lors de la publication des *Conférences* de Léon AUCOC, Rodolphe DARESTE fit remarquer par contraste que « depuis une trentaine d'années il n'y a que les professeurs ou les avocats qui écrivent sur [le droit administratif]. En reprenant la tradition des GÉRANDO, des MACAREL, des CORMENIN, M. AUCOC rend un véritable service à la science » (Recension des *Conférences sur l'administration et le droit administratif* (1^{re} éd.) d'AUCOC, in R.H.D.F.E. 1870-1871, p. 527).

²³⁸ Un cours de droit administratif appliqué aux travaux publics fut créé en 1831 à l'École des ponts et chaussées. Toussaint-Ange COTELLE y fut le premier professeur, jusqu'à sa retraite en 1864. Charles ROBERT – maître des requêtes au Conseil d'État – le remplaça avant d'abandonner cette chaire la même année. BOULATIGNIER, lequel avait déjà été professeur à l'école nationale d'administration (1848-1849), assumait temporairement les cours pour l'année 1864-1865, avant que ne lui succède Léon AUCOC, alors maître des requêtes – lui aussi (pour un bref aperçu sur cet enseignement, cf. BATBIE Anselme-Polycarpe, Recension des *Conférences sur l'administration et le droit administratif* (1^{re} éd.) d'AUCOC, in R.C.L.J. 1869, XXXV, p. 556 sq.).

²³⁹ C'est ce qui justifie que nous comprenions sous cette doctrine les ouvrages de COTELLE et AUCOC sur les travaux publics, car ces auteurs n'ont pas restreint leur plan à la spécialité de leur sujet. Enseignant à des ingénieurs ignorants du Droit, ils firent précéder leurs cours de généralités relatives au droit administratif. Cela à l'inverse du traité d'Armand HUSSON, membre de l'administration des ponts et chaussées (*Traité de la législation des travaux publics et de la voirie en France*, 1841) ; celui d'Albert CHRISTOPHLE, avocat aux Conseils (*Traité théorique et pratique des travaux publics*, 1862) ; ou plus tardivement celui d'Eugène PERRIQUET, également avocat aux Conseils (*Traité théorique et pratique des travaux publics*, 1883).

²⁴⁰ COTELLE Toussaint-Ange, Recension des *Éléments de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de FOUCART, in *Gazette des tribunaux* 1834 (9 août), n° 2800.

lui imputait sans ambages le dynamisme de la doctrine administrative au « *professorat* [qui] *a partagé ses travaux entre l'enseignement oral et l'enseignement par écrit* »²⁴¹. Car cette prétention à l'enseignement s'est conjuguée avec une autre : celle d'appréhender le droit administratif comme une *science* autonome du droit civil.

- 143. Trente ans de doctrine administrative « mise à la question » *via* la réception du plan de BATBIE.** – La parution du traité de BATBIE (1861-1868)²⁴² a suscité un certain nombre de recensions lors desquelles nombre se sont interrogés sur le fait de savoir s'il y avait dans la méthode employée par celui-ci une rupture par rapport à ses prédécesseurs : FOUCART, LAFERRIÈRE (père) principalement. Professeur suppléant à la faculté de Paris, celui-là a déployé un plan dont le principal mérite tenait – aux yeux de certains de ses contemporains – à ce qu'il fût le premier véritablement scientifique. En négligeant quelques-uns de ses prédécesseurs – tel le baron de GÉRANDO –, BATBIE rapporte à son avantage qu'avant lui, les administrativistes « *avaient tiré leurs divisions de leur esprit plutôt que du sujet lui-même* ».

Nous avons donc cru qu'il était préférable au lieu de suivre l'autorité des esprits même les plus distingués, de nous attacher à la nature des choses et de réunir les matières par leurs affinités essentielles. En matière administrative, comme en matière civile, il y a trois éléments irréductibles autour desquels on peut méthodiquement classer toutes les dispositions : 1° les *personnes* ou le *sujet du droit* ; 2° les *choses* ou l'*objet du droit* ; 3° les *manières d'acquérir* ; là est, selon nous, le secret de l'unité qui se trouve au fond des lois administratives²⁴³.

Il s'évertue à expliquer pourquoi auparavant le droit civil a été globalement marginalisé, ce afin d'exagérer l'originalité de son plan. Il explique la réticence de ses prédécesseurs à y recourir par une raison extérieure au choix même du plan : ils eussent craint par cet emprunt d'inféoder le droit administratif au droit civil.

Les juristes de l'administration ont craint qu'en l'adoptant ils ne parussent subordonner le droit administratif au droit civil. Ils n'admettent pas que le droit administratif ne soit qu'une collection d'exceptions au droit privé. Dans leur esprit, le droit administratif a des principes qui lui sont propres et ils ne veulent pas l'enfermer dans les cadres du droit privé. Ils aiment mieux chercher une classification originale qui ne ressemble pas à

²⁴¹ LAFERRIÈRE Firmin, Recension du *Cours de droit administratif* de TROLLEY, in *R.L.J.* 1844, XIX, p. 306. Il ajouta encore quelques années plus tard en parlant des professeurs de droit administratifs : « *Plusieurs d'entre eux [ont] cru devoir publier, sous une forme plus ou moins développée, l'ensemble des matières relatives à leur cours ou quelques monographies détachées de l'ensemble, et continuer par l'enseignement écrit l'exposition trop restreinte de l'enseignement oral* » (« De l'enseignement administratif dans les facultés de droit, et d'une école spéciale d'administration », in *R.L.J.* 1849, XXXIV, p. 109).

²⁴² Au sujet d'Anselme-Polycarpe BATBIE (1828-1887) voir la notice biographique que lui consacre le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 254), ainsi que les travaux biographiques de Roger VIDAL : *BATBIE : homme politique, économiste, juriste* (1950).

²⁴³ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Introduction générale au droit public et administratif*, *op. cit.* (1861), p. 4.

celle du Code civil, afin de mieux marquer la séparation entre les deux législations²⁴⁴.

Ce qui nous importe c'est moins de discuter de cette méthode, que de s'intéresser aux discussions soulevées à cette occasion sur les différentes systématisations du droit administratif réalisées avant BATBIE. Indépendamment des choix doctrinaux arrêtés par celui-ci – cela ne relevant pas de notre sujet²⁴⁵ –, ses partisans se sont prêtés à jeter un regard rétrospectif sur la doctrine administrative pour en signaler les vicissitudes et persuader de ce que le *Traité théorique et pratique* de ce dernier y mettait un terme par ses novations.

144. Le discrédit jeté sur la doctrine administrative antérieure aux années 1860, entériné par HAURIU et conservé jusqu'à nos jours²⁴⁶, s'articule autour de deux idées : les auteurs attachés aux matières administratives ont échoué à proposer rien de scientifique ; ceux qui cependant se sont efforcés de concevoir une architecture pour le droit administratif, l'ont fait d'après des vues fantaisistes. Nous ne nous attarderons peu sur le premier argument puisqu'il renvoie à cette littérature que nous avons qualifiée de *doctrine praticienne de divulgation*. Selon d'autres :

On s'était en général contenté jusqu'ici de traiter distinctement les matières qui composent [le droit administratif], suivant un ordre successif que déterminait une simple classification alphabétique, à la façon d'un dictionnaire. On faisait ainsi une série de petites monographies que l'on juxtaposait pour former par leur réunion un traité complet du droit administratif. Ce procédé est loin assurément d'être irréprochable sous le rapport d'une coordination scientifique, et envisagé comme méthode dogmatique, le mérite en peut être sérieusement critiqué²⁴⁷.

²⁴⁴ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif, contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789*, Paris, Larose & Forcel, 1885-1894 (2^e éd., 9 vol.), t. 2 (1885), p. xxij.

²⁴⁵ Sur l'influence romano-civiliste produite sur les administrativistes, cf. : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, op. cit. (2009), p. 155 (spéc. p. 163 sq.). L'auteur y nuance l'idée suivant laquelle BATBIE aurait été « le chef de file de ce courant » qu'il nomme romano-civiliste.

²⁴⁶ Sauf à apporter quelques critiques au plan de BATBIE, Maurice HAURIU adhéra sans restriction à cette idée suivant laquelle le premier XIX^e siècle (jusqu'aux années 60) fut ascientifique. « Il y avait bien eu dans la période précédente [avant 1860] des tentatives d'organisation, mais on n'y attachait qu'une importance secondaire. Il s'agissait avant tout à ce moment-là de faire connaître n'importe comment et dans n'importe quel ordre des détails ignorés de tous. Chaque auteur a sa classification et elle est basée en général sur l'aspect extérieure des choses, c'est-à-dire sur l'organisation administrative ou sur les services publics » (« De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », in R.G.A. 1892, III, p. 17-18). À ce propos, nous nous permettons de renvoyer à l'analyse critique de cet article par le professeur TOUZEIL-DIVINA, lequel propose pour l'histoire de la doctrine administrative une périodisation alternative : « Maurice HAURIU, mystificateur ou héros mystifié ? », in TOUZEIL-DIVINA Mathieu (dir.), *Miscellanées Maurice HAURIU*, Le Mans, Éditions l'Épilogue, 2014, p. 83, spéc. p. 92 sq.

²⁴⁷ MIMEREL Floris, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de BATBIE, in R.C.L.J. 1862, XXI, p. 475.

« ... pour former par leur réunion un traité complet du droit administratif » : cette formule fait vraisemblablement référence au traité (précité) de Gabriel DUFOUR lequel, nonobstant l'intitulé choisi, a plutôt composé un répertoire de droit administratif comme il le reconnaît d'ailleurs²⁴⁸. Le succès de cet ouvrage qu'attestent les trois éditions successives, a pu susciter pensons-nous une certaine ambivalence par le biais de laquelle la doctrine administrative praticienne s'est vu attribuer des ambitions qui ne furent pas les siennes. C'est, d'une part, mésinterpréter les intentions de ces auteurs praticiens en leur imputant un projet doctrinal qui leur fut étranger. Ainsi caricaturée, c'est la doctrine administrative prise dans son ensemble qui apparaît sous un aspect défavorable, à l'aune de quoi la novation introduite par BATBIE luit avec plus d'éclat. Celui-ci ne se serait-il pas « *propos[é] de s'écarter des voies battues avant lui et de donner à son ouvrage une forme plus théorique* » ?²⁴⁹ En fait, cette présentation biaisée aide à souligner le caractère rationnel de son plan au point d'en forcer la réception doctrinale : il s'impose parce qu'il représente un progrès indéniable sur une période dépréciée à escient. Ainsi BATBIE s'en aide-t-il pour parer à certaines critiques : il faudrait choisir entre son plan ou le chaos des répertoires !

Plus la méthode sera rationnelle et plus sera complète la fusion des éléments qu'on y fera entrer. Si l'objection de M. AUCOC [critiquant le morcellement du plan de BATBIE] était fondée, ce qu'il y aurait de mieux à faire consisterait à expliquer chaque loi article par article, pour ne point diviser les matières, en renonçant à toute vue d'ensemble. Il n'y aurait d'ailleurs aucune raison de commencer plutôt par une matière que par une autre et on finirait par adopter l'ordre alphabétique, comme l'ont fait plusieurs écrivains, et parmi eux un des plus estimés, M. Gabriel DUFOUR²⁵⁰.

D'autre part, c'est négliger au moyen d'un amalgame spécieux, ceux des auteurs qui déploierent une méthode proprement scientifique ne reposant pas sur la seule ambition de satisfaire un lectorat praticien. Parfois, ces derniers sont allusivement évoqués pour signifier que la marche du progrès les a relégués dans le passé révolu – comme en témoigne Floris MIMEREL, avocat aux Conseils.

C'est [par son plan] que BATBIE se sépare surtout des maîtres qui l'ont précédé dans l'étude de l'ensemble du droit administratif. Il a voulu imprimer à son plan un caractère plus théorique et pousser plus avant cette branche du droit dans les voies de la science. (...) Il a voulu ramener le droit administratif à une classification plus raisonnée, et lui imprimer ainsi le cachet d'une science toute formée, à l'égal de celle du droit civil²⁵¹.

²⁴⁸ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1843), p. ix *sq.*

²⁴⁹ MIMEREL Floris, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de BATBIE, in R.C.L.J. 1862, XXI, p. 476.

²⁵⁰ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1885), p. xx.

²⁵¹ MIMEREL Floris, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de BATBIE, in R.C.L.J. 1862, XXI, p. 475.

Certains les omettent, pour se faire de la doctrine administrative une représentation outrancièrement simplifiée : il y eût un avant et un après BATBIE.

On avait cru jusqu'à présent qu'il est à peu près impossible de systématiser les lois diverses nées de circonstances la plupart urgentes et passagères, et qui, précisément, parce qu'elles ne sont pas sorties d'une pensée unique, semblent devoir résister à tout travail d'unification. Mais cette croyance n'a pas arrêté M. BATBIE, qui semble avoir pris à tâche de faire preuve de hardiesse²⁵².

D'aucuns ont été plus pénétrants, sinon plus délicats dans leur appréhension historique de la doctrine administrative – tel Gabriel DEBACQ, doyen de l'ordre des avocats à la cour de Paris :

Les travaux qui jusqu'à ce jour ont été publiés sur l'ensemble du droit administratif peuvent se diviser en deux classes principales, les livres écrits pour les étudiants et les livres écrits pour les praticiens ; les traités qui émanent de gens voués à l'enseignement du droit, et les manuels qui sont l'œuvre d'hommes appelés par les fonctions qu'ils exercent à faire ou préparer l'application des lois administratives²⁵³.

Suivant ce panorama, les uns auraient reconnu une part presque exclusive à la théorie ; les autres à la pratique. Sous une autre plume, il est certes admis que certains « *écrivains de droit administratif, parmi les plus éminents, ont bien senti que l'existence du droit administratif comme science tenait ainsi principalement à une question de méthode* »²⁵⁴. Mais ceux-ci n'auraient jamais proposé aucune « *classification des matières du droit administratif* »²⁵⁵ qui fût satisfaisante à l'esprit scientifique. La plupart de ces auteurs – tous civilistes – ont réceptionné le traité de BATBIE avec un tel enthousiasme qu'ils ont contribué ce faisant à projeter une opinion désobligeante à l'encontre d'un droit administratif qui ne fût pas conçu à l'aune du droit civil.

145. La conception du plan de BATBIE : une stratégie de séduction à l'adresse des civilistes. – Avec le professeur BATBIE, le droit administratif serait entré dans un âge scientifique. Si certains administrativistes lui opposèrent de vives critiques – tels AUCOC²⁵⁶, DUCROCQ²⁵⁷ et DARESTE indirectement²⁵⁸ –, il faut admettre que son

²⁵² PONT Paul, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de BATBIE, in *Gazette des tribunaux* 1861 (28 novembre), n° 10815.

²⁵³ DEBACQ Gabriel, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de BATBIE, in *R.C.L.J.* 1868, XXXII, p. 283-284.

²⁵⁴ THIERCELIN Henri, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de BATBIE, in *R.P.D.F.* 1861, XII, p. 105.

²⁵⁵ *Id.*, p. 106.

²⁵⁶ AUCOC Léon, Discours prononcé en prenant le fauteuil de la présidence de la Société, in *Bulletin de la Société de législation comparée* 1876, VII, p. 5 (spéc. p. 9) : « Je ne crois pas (...) que [le] cadre [choisi par BATBIE] soit le mieux approprié à un exposé méthodique des règles du droit administratif. Il entraîne souvent à morceler l'étude de certaines matières ; il est quelquefois embarrassant, et il laisse à peu près autant de place que les autres à l'arbitraire pour le classement des matières du droit administratif dans la division qui embrasse les choses ».

²⁵⁷ DUCROCQ Théophile, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (2^e éd.) de BATBIE, in *R.G.D.* 1886, X, p. 181 (spéc. p. 185). Ou bien avant, dès 1862 dans la préface de son cours :

initiative eut le mérite de rendre le droit administratif plus intelligible aux civilistes. L'un de ses contempteurs l'admit d'ailleurs volontiers.

Il y a dans cette division un mélange de simplicité et de science qui a quelque chose de séduisant, quoique certaines analogies puissent, au premier abord, paraître contestables. (...) Nous comprenons que BATBIE l'ait adoptée. Elle avait l'avantage de mettre en relief le caractère scientifique du droit administratif que beaucoup de jurisconsultes, exclusivement absorbés par l'étude du droit civil et criminel, méconnaissaient jusqu'à ces derniers temps²⁵⁹.

Contrairement à ce qu'a pu affirmer M. VIDAL, cet emprunt ne fut pas – à notre sens – le fait d'un juriste « *imbu de traditions civilistes* »²⁶⁰ dont le profil eût été celui de toute une doctrine comme l'indique le professeur FORTSAKIS : « *De ce point de vue, il est bien de son temps* »²⁶¹. Au lieu de se représenter une doctrine qui fût empêtrée dans une inertie doctrinale, il apparaît que BATBIE a pensé son plan comme un moyen de dissiper les réticences des civilistes à l'égard du droit administratif. Le même LÉON AUCOC le rapporte à propos du traité de contentieux administratif de DARESTE, paru concomitamment avec l'ouvrage de BATBIE et s'imprégnant aussi du plan tripartite de GAÏUS.

Quand l'ouvrage de M. DARESTE a paru pour la première fois [en 1862], il a contribué largement à modifier, d'une manière définitive, l'opinion qu'on s'était faite jusque-là, dans le monde des facultés de droit, de la magistrature et du barreau, au sujet du droit administratif et de la juridiction administrative²⁶².

« En ce qui concerne le plan général des développements, j'ai cru devoir en chercher les bases dans les entrailles mêmes du Droit administratif, et non dans des analogies plus spéieuses que fondées, puisées dans le Droit civil et peu réalisables dans le Droit administratif » (*Cours de droit administratif, contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, Paris, Durand, 1862 (1^{re} éd.), p. iv).

²⁵⁸ DARESTE Rodolphe, Recension du *Cours de droit administratif* (2^e éd.) de DUCROCQ, in R.H.D.F.E. 1864, X, p. 542 : « Nous approuvons complètement la classification de M. DUCROCQ. Dans un traité du contentieux administratif [comme le sien entrepris en 1862], on peut rattacher toutes les matières au droit civil, et les traiter dans l'ordre même du droit civil, car le contentieux est, pour ainsi dire, le côté privé du droit administratif ; mais un traité de droit administratif ne peut être conçu sur le même plan. Il doit s'attacher aussi, et surtout, au côté public des institutions, et c'est à ce point de vue qu'il doit se placer pour trouver une classification naturelle ».

²⁵⁹ AUCOC Léon, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de BATBIE, in *Gazette des tribunaux* 1869 (2 septembre), n° 13211. Il défend peu avant la même opinion – avec plus de verve encore – pour l'ouvrage de DARESTE (*La justice administrative en France*, 1862) conçu suivant des desseins analogues : « Il y a peut-être encore des personnes qui ont conservé cette opinion, assez répandue autrefois, que le droit administratif ne mérite pas le nom de science, parce qu'il n'est pas renfermé dans un code analogue au code Napoléon, et qui le considèrent comme un amas confus de prescriptions arbitraires ou de règles de conduite à l'usage des fonctionnaires, dont on pourrait à peine extraire quelques principes généraux. À celles-là, M. DARESTE montre, ne fût-ce que par les cadres de son exposé, que le droit administratif a une série de principes qui peuvent, sans trop de peine, se rapprocher des règles du droit civil » (*La juridiction administrative et les préjugés*, Paris, Panckoucke et C^{ie}, 1864, p. 20).

²⁶⁰ VIDAL Roger, « BATBIE et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif », in R.D.P. 1950, p. 810.

²⁶¹ FORTSAKIS Theodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, op. cit. (1987), p. 87

²⁶² AUCOC Léon, Recension de *La justice administrative en France, ou Traité du contentieux de l'administration* (2^e éd.) de DARESTE, in R.C.L.J. 1898, XLVII, p. 519.

En plus de nous montrer le jeu incident de certaines problématiques liées à la reconnaissance du droit administratif comme pleine discipline universitaire, cela nous met en mesure d'interroger cette doctrine de systématisation dans toute son étendue. En outre, l'on réalise que le discrédit que nous lui portons aujourd'hui s'est nourri – pour partie – des appréciations que certains ont porté derrière eux à des périodes successives : souvent pour exacerber une inflexion doctrinale en dépréciant les décennies précédentes.

- 146. Une littérature dynamique par la multiplicité de ses essais doctrinaux : un contre-témoignage des contemporains de BATBIE.** – Un témoignage plus tardif, dans un climat doctrinal plus serein, se fait plus indulgent et – en ce sens – nous apparaît intéressant car l'auteur y envisage l'initiative de BATBIE sans dogmatisme. Par là même, il insiste sur l'un des rôles de la doctrine : celui de proposer des classifications du droit administratif – étant entendu qu'aucune n'est exempte de critiques²⁶³. Selon le conseiller de préfecture LAVALLÉE, la doctrine administrative est le reflet de son temps. Elle réverbère les préoccupations à partir desquelles les administrativistes choisissent d'appréhender le droit administratif.

Il faut renoncer, croyons-nous, à l'espoir d'inventer une classification parfaite. (...) Une classification n'est pas arbitraire, mais elle peut être commandée par des points de vue très divers et qui parfois sont également vrais, qui tous peuvent ouvrir sur une matière des idées larges, justes et d'un caractère scientifique. Nous ne nous plaignons pas, pour notre part, que le droit administratif n'ait pas été toujours abordé par le même côté et que son étude ne suive pas dans les livres invariablement la même marche ; nous croyons qu'il en est résulté une sorte de contrôle des principes que les auteurs avaient à prendre pour têtes de chapitre et que ces divergences en fin de compte ont été profitables²⁶⁴.

Dans le même sens, Rodolphe DARESTE donnait un peu plus tôt cet avertissement à l'adresse de ceux qui regrettaient l'absence d'unanimisme dans l'organisation du droit administratif :

Il n'est pas bon que les lois, et surtout les lois administratives soient toujours étudiées de la même façon et envisagées du même point de vue. Il y a certaines illusions qui tiennent précisément au point de vue de l'auteur et

²⁶³ Pessimiste, Léon AUCOC écrivait dans ses *Conférences* qu'« il n'existe pas de classification officielle des matières du droit administratif ; et chacun des auteurs assez nombreux qui ont écrit sur ce sujet s'est créé un plan particulier pour cette exposition. (...) Ce qui nous a préoccupé avant tout, c'est de trouver une division qui, en s'écartant de l'ordre alphabétique et en ayant un certain caractère scientifique, permît d'exposer, autant que possible, dans leur ensemble, les règles relatives à chacun des services publics. Du reste, nous n'attachons pas une importance capitale à une division de ce genre, parce que, en fin de compte, on arrive tout au plus à former quelques groupes, et que, dans l'intérieur de chacun d'eux, on est obligé de suivre l'ordre alphabétique ou un ordre arbitraire » (*Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869-1876 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 1, p. 19 ; c'est nous qui soulignons).

²⁶⁴ LAVALLÉE Albert, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (2^e éd.) de BATBIE, in R.G.A. 1886, II, p. 158-159.

qui trouvent leur compensation et leur correctif dans les jugements et quelquefois dans les erreurs d'un autre²⁶⁵.

L'élévation du droit administratif en science ne suppose-t-elle pas la confrontation d'opinions diverses, seul gage d'un dynamisme fécond ? C'est pénétré de cette idée, sans fausse modestie, qu'en composant son traité Firmin LAFERRIÈRE affirma avoir seulement « voulu faire autrement, persuadé que l'état de la science et la diversité des esprits demandent que l'homme qui travaille consciencieusement présente son point de vue personnel »²⁶⁶. Il convient d'être attentif à ne pas nous approprier à nos dépens les tropismes introduits par certains administrativistes du XIX^e siècle qui, au soutien d'un parti pris scientifique, se sont parfois laissés aller à des remarques un peu trop catégoriques envers leurs prédécesseurs ou leurs contemporains. Les comptes-rendus bibliographiques – interprétés avec précaution – présentent cet avantage de nous indiquer les préoccupations sous-jacentes à la publication de tel ou tel ouvrage, et souvent la manière dont les auteurs en ont conçu l'organisation – leurs hésitations, les alternatives qu'ils ont repoussées, *etc.* Ces multiples témoignages nous aident à ne pas dépendre de l'opinion de quelques-uns, dont nous demeurerions captifs. La doctrine administrative antérieure aux années 1860 ne fut pas cette doctrine balbutiante parfois dépeinte. Les premiers traités ne doivent pas être jugés sévèrement pour cela seul qu'ils furent les premiers entrepris en ce domaine. Pour autant qu'ils diffèrent assez radicalement de notre approche du droit administratif, ils résultent des conceptions d'une époque. À cet égard, ils ne manquent pas de maturité.

- 147. La recherche d'une méthode rationnelle pour contribuer à la formalisation d'une science du droit administratif.** – Cela étant dit, il est facile de réaliser à quel point cette doctrine fut soucieuse d'employer une méthode véritablement scientifique – au sens où elle serait organisée suivant des idées propres à conférer au droit administratif une assise intellectuelle qui aidât à lui faire accuser la mutation des législations, et qui permît aux auteurs de projeter celles qui fussent désirables. « *Le caractère propre d'une conception scientifique du Droit administratif, et d'une division de ce droit basée sur les principes, est de se prêter à tous les progrès de la législation et aux développements successifs d'un livre* »²⁶⁷. À cet égard, le professeur FORTSAKIS conserve des préjugés dépréciatifs lorsqu'il estime que les administrativistes « *ne semblent accorder que peu d'importance* » à la question du plan, exception faite – naturellement – de BATBIE qui fût un précurseur en la matière²⁶⁸. Au contraire, s'y concentraient en quelque sorte

²⁶⁵ DARESTE Rodolphe, Recension des *Conférences sur l'administration et le droit administratif* (1^{re} éd.) d'AUCOC, in *R.H.D.F.E.* 1870-1871, p. 527.

²⁶⁶ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1839 (1^{re} éd.), p. vij-viii.

²⁶⁷ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (7^e éd.), t. 1 (1897), p. xxxij.

²⁶⁸ FORTSAKIS Theodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, *op. cit.* (1987), p. 75.

tous les enjeux propres aux ouvrages de systématisation : il s'agit de saisir le droit le plus intelligemment possible, sans préjudice de l'avenir, afin qu'en étant résilient l'ouvrage ne fut pas rapidement emporté de péremption. « *Il (...) faut [à l'auteur] non-seulement expliquer le jeu des institutions actuellement existantes, mais aussi préparer la législation future, tracer au législateur la voie qu'il doit suivre, en lui faisant connaître tout à la fois ce qui a été, ce qui est, ce qui doit être. En un mot, l'auteur doit faire à la fois un livre de droit et une œuvre de législation* »²⁶⁹. Plus fondamentalement, la formalisation d'un plan exhausse l'ouvrage et lui confère un prestige doctrinal par la pensée de son auteur qui perce à son travers.

Ne pas admettre le procédé scientifique que [CHAUVEAU] emploie [dans ses *Principes de compétence*], c'est transformer les cours de nos écoles en simples *aide-mémoire* administratifs, et les livres sur la science administrative en tables du *Bulletin des lois* et de la jurisprudence des arrêts du conseil²⁷⁰.

De même, Firmin LAFERRIÈRE réalisait avec discernement que le caennais TROLLEY, auteur d'un traité inachevé, « *ne [s'était] pas attaché à une publication élémentaire ou spéciale. Il a considéré que les besoins actuels de la science demandaient autre chose* »²⁷¹. Concomitamment, certains auteurs de recension – tel le professeur civiliste HUC – n'ont pas manqué d'indiquer leurs attentes et celles de leurs contemporains relativement à ces entreprises doctrinales :

Pour qu'un traité général sur l'administration française soit complet, il ne suffira pas que les *matières administratives* proprement dites soient toutes successivement examinées dans un ordre plus ou moins méthodique. L'agencement des divers services administratifs, et les divers rapports qui s'établissent à leur occasion, ne peuvent être bien connus qu'à la condition de rattacher chaque matière spéciale aux principes généraux et constitutionnels qui sont à la fois supérieurs à l'administration et aux simples particuliers²⁷².

À côté d'une doctrine préférentiellement destinée à un lectorat de praticiens, la doctrine savante de systématisation n'a pas manqué d'un lectorat propre, plus restreint il est vrai et cantonné – essentiellement – aux sociétés savantes où s'y rencontrent praticiens et universitaires. Stimulée par la généralisation de l'enseignement du droit administratif dans les facultés de droit avec la Monarchie de Juillet, cette doctrine appréhenda le droit administratif avec une hauteur de vue dont ne pouvait disposer les auteurs qui s'adressaient à un lectorat praticien, aiguillonné par un besoin bien spécifique. Émile REVERCHON s'efforce à l'exprimer afin de défendre en filigrane cet espace doctrinal – aux confins de l'Université – qui ménage plus de latitude aux administrativistes qui y déploient leurs travaux.

²⁶⁹ DEBACQ Gabriel, Recension du *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de BATBIE, in R.C.L.J. 1868, XXXII, p. 286.

²⁷⁰ BRESSOLLES Gustave, Recension des *Principes de compétence et de juridiction administratives* de CHAUVEAU, in R.E.L.E. 1845, II, p. 872.

²⁷¹ LAFERRIÈRE Firmin, Recension du *Cours de droit administratif* de TROLLEY, in R.L.J. 1844, XIX, p. 307.

²⁷² HUC Théophile, Recension du *Cours de droit public et administratif* (5^e éd.) de LAFERRIÈRE, in *Académie de législation de Toulouse* 1861, X, p. 242.

On a quelquefois reproché à M. LAFERRIÈRE (...) de n'avoir pas fait un livre aussi pratique, aussi utile aux hommes d'affaires, que l'est, par exemple, la seconde édition de l'excellent traité de Droit administratif appliqué, par M. DUFOUR. (...) Cette observation a perdu de vue l'objet principal de M. LAFERRIÈRE, dont la pensée s'est surtout portée vers les étudiants des facultés de droit et vers les hommes qui, sans avoir à manier ou à appliquer chaque jour les règles du contentieux administratif, ont le besoin ou simplement le goût de connaître, avec plus de précision que d'étendue, l'ensemble de notre droit administratif. Apprécié à ce point de vue, l'ouvrage de M. LAFERRIÈRE remplit pleinement son but²⁷³.

Nonobstant, le droit administratif ne fut pas seulement objet de pratique, mais également objet de savoir – lorsque ces deux objets ne sont pas tout simplement entremêlés²⁷⁴. Ce dont témoigne le dynamisme de cette doctrine et les échos qu'elle a générés dans les revues juridiques. C'est à travers ces enjeux académiques qu'ont été déterminé – au cours du second XIX^e siècle – des représentations du droit administratif qui puissent œuvrer à sa promotion : en soulignant des analogies avec le droit civil (comme BATBIE s'y être prêté) et, plus tardivement, en le spécifiant du droit civil.

²⁷³ REVERCHON Émile, Recension du *Cours de droit public et administratif* (5^e éd.) de LAFERRIÈRE, in *Journal des économistes* 1861, XXXI, p. 86.

²⁷⁴ Rodolphe DARESTE notait à propos du traité de SERRIGNY : « *De tous nos traités de droit administratif, c'est un des plus pratiques et des mieux ordonnés. C'est en même temps un des plus philosophiques, dans la bonne acception du mot. L'auteur ne se borne pas à juxtaposer des textes et des espèces, il sait généraliser et remonter aux principes, sans pourtant se perdre dans la métaphysique* » (Recension du *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative* (2^e éd.) de SERRIGNY, in *R.H.D.F.E.* 1865, XI, p. 205).

Section 2. – Une littérature savante employée à étayer des représentations du droit administratif

148. La définition des traités : esquisse d'un genre littéraire. – Certains des ouvrages que nous comprenons sous cette doctrine de systématisation n'ont pas revêtu les dimensions d'un traité dès la première édition. C'est parfois à force d'éditions successives que quelques-uns de nos auteurs réalisèrent *in fine* un traité en augmentant sans cesse les proportions de leur ouvrage. C'est le cas de FOUCART et DUCROCQ. Le premier se défendit tout d'abord d'avoir entrepris un traité²⁷⁵, avant de l'admettre dans la cinquième et dernière édition de ses *Éléments*²⁷⁶. Le second n'envisagea dans un premier temps qu'« *un résumé synthétique du Cours annuel qu'[il] profess[ait] à la Faculté de droit de Poitiers* »²⁷⁷. Les six rééditions lui firent pourtant augmenter son traité de six nouveaux volumes pour passer à sept au total, et conduisit assez justement HUMBERT à écrire : « [II] *n'était à son origine qu'un simple manuel [avant de s']élev[er], dans des éditions successives, aux proportions d'un traité élémentaire des plus complets* »²⁷⁸. Son éditeur, Ernest THORIN, ne se prive pas de le mettre en valeur dans une préface : « *Ce n'est plus un résumé du droit administratif, comme dans les premières éditions ; c'est un traité qui, tout en se développant par le commentaire des lois, par la discussion de la doctrine et de la jurisprudence, par des aperçus nouveaux a conservé la forme, le plan, la méthode qui ont assuré le rapide succès des éditions précédentes* »²⁷⁹.

149. Cette remarque signale ce qui aux yeux des contemporains a fait la qualité d'un traité : la démarche de l'auteur qui au lieu de s'en remettre à une organisation commode pour la consultation (comme l'exposition par ordre alphabétique), préfère un plan habile à y organiser le droit administratif tel que l'esprit pût l'embrasser d'un trait. MACAREL – professeur à la faculté de Paris – en donne une idée personnelle :

²⁷⁵ « *Le livre d'initiation, celui qui se place entre les traités spéculatifs et le Bulletin des Lois, qui dit comment le droit positif a formulé les principes du droit naturel, et qui donne la clef de cette législation, ce livre n'existait pas : c'est celui que j'ai entrepris de composer* » (FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif, ou exposé méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui ; suivi d'un appendice contenant le texte des principales lois de droit public*, Paris, Videcoq, 1834-1835 (2 vol.), t. 1, p. xiiij). Cf. également la postface (t. 2, p. 609) & l'opinion de N. GAILLARD qui en fit la recension (*in R.L.J.* 1836, IV, p. 123).

²⁷⁶ « *Le plan que j'avais déjà adopté m'a paru se prêter sans confusion à l'exposition de toutes les matières qui constituent un Traité élémentaire de droit public administratif* » (FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif*, Paris, Marescq & Dujardin, 1855-1856 (4^e éd.), 3 vol.), t. 1, p. ij). Mais c'est dès la seconde édition que l'ouvrage pris une dimension imposante, ainsi que le défend le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 227).

²⁷⁷ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (1862), p. i.

²⁷⁸ HUMBERT Gustave, Recension du *Cours de droit administratif* (5^e éd.) de DUCROCQ, *in R.G.D.* 1877, I, p. 535.

²⁷⁹ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, Paris, Thorin, 1874 (4^e éd., 2 vol.), t. 1, p. v.

L'auteur qui rédige un traité (...) marche avec gravité vers le but qu'il a fixé ; il trace ses divisions, choisit ses matériaux, élève son édifice, dans le silence du cabinet. Il pose les règles générales ; il en forme et suit l'enchaînement. Il scrute les motifs du législateur ; il rapproche et compare les textes ; il les explique, il les commente ; il prévoit les difficultés pratiques ; il en recherche et donne la solution. C'est ainsi que sa doctrine se développe par principes et conséquences²⁸⁰.

« *Les traités généraux (...) exigent à la fois les qualités qui font le succès des bonnes monographies et celles que suppose l'esprit généralisateur* » signalait Émile REVERCHON²⁸¹. C'est en ce sens que MALLEIN a pu écrire que FOUCART fut l'auteur du « *premier traité méthodique embrassant tout l'ensemble de la science [du droit administratif]* »²⁸². TROLLEY n'était pas moins éloquent sur la fonction doctrinale qu'il imputait aux traités de droit administratif et, subséquemment, sur l'importance du plan :

Si le plan est la difficulté première et le premier mérite d'un livre, cela est vrai surtout pour un traité de Droit administratif. Le plan, en effet, c'est l'intelligence complète de la législation ; c'est la puissance qui coordonne et fait entrer dans quelques grandes règles les matières éparses qui semblent vouloir se fuir et s'isoler les unes des autres ; c'est le fil qui dirige le jurisconsulte dans le Bulletin des lois, ce vaste labyrinthe ; le plan enfin, et ne m'accusez pas d'exagération, le plan, c'est tout le livre²⁸³.

Cela est tout aussi apparent dans l'ouvrage de Firmin LAFERRIÈRE pour qui « *le plan du Droit administratif* », en suivant « *une division rationnelle* », doit permettre de saisir l'esprit de la législation administrative, et non seulement en faire la collection. D'où la difficulté, reconnaissait-il, « *de faire un livre vraiment scientifique sur le droit public et administratif* »²⁸⁴.

- 150. La mise en valeur du plan : un expédient à l'impossibilité d'une codification du droit administratif.** – Les administrativistes furent tout à fait conscients que la principale difficulté inhérente à la rédaction d'un traité tenait à l'architecture du plan : « *C'est toujours une affaire importante que le plan dans les ouvrages de droit administratif. Comme il n'existe pas de Code dont on puisse faire le commentaire en suivant l'ordre adopté par le législateur (...), chaque auteur a dû composer un plan qui lui est propre, et ces plans sont plus ou moins homogènes, plus ou moins satisfaisants* »²⁸⁵. L'absence d'une codification du droit administratif les a, en effet, convaincu que la présentation de la matière obligeait l'auteur d'un traité à se choisir un ordre d'exposition susceptible tout à la fois d'en faire la synthèse, et d'en montrer une cohérence qui permît de l'envisager comme une

²⁸⁰ MACAREL Louis-Antoine, *Cours de droit administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1844), p. vij.

²⁸¹ REVERCHON Émile, Recension de *La justice administrative en France, ou Traité du contentieux de l'administration* (1^{re} éd.) de DARESTE, in R.C.L.J. 1862, XX, p. 354.

²⁸² MALLEIN Jules, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Paris, Plon, 1857, p. 56.

²⁸³ TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif...*, op. cit., t. 1 (1844), p. 43.

²⁸⁴ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, op. cit. (1^{re} éd., 1839), p. vij.

²⁸⁵ AUCOC Léon, Recension de *La justice administrative en France, ou Traité du contentieux de l'administration* (2^e éd.) de DARESTE, in R.C.L.J. 1898, XLVII, p. 522.

science à part entière plutôt qu'en un agrégat de normes hétéroclites²⁸⁶. Concevoir un plan d'ensemble pour le droit administratif, c'est envisager un expédient pour pallier aux vicissitudes d'une codification toujours repoussée. C'est, par ce biais, conférer à cette législation la noblesse d'une véritable science juridique, tout en valorisant la doctrine administrative dont l'office est proprement existentiel.

Dans le droit administratif, il n'y a pas de Code général, et nous doutons beaucoup qu'il y en ait jamais ; l'auteur qui veut exposer ce droit dans toutes ses variétés doit donc, avant tout, tracer lui-même son itinéraire sur la carte du pays qu'il se propose de parcourir. Bien des tentatives ont été faites déjà pour trouver le fil conducteur le plus propre à guider l'esprit dans le dédale apparent de cette vaste étude ; aucune n'a été couronnée d'un plein succès, et du reste il n'est possible d'aspirer, en pareille matière, qu'à une perfection essentiellement relative²⁸⁷.

Un autre, Émile CARESME – procureur à Dieppe – ajoutait dans le même sens :

Le droit administratif n'est pas codifié comme le droit civil ou le droit criminel : des lois nombreuses à des époques différentes et sans relations les unes avec les autres, n'ont jamais été réunies en un corps de droit ; (...) le grand art est d'en combiner les élémens divers et d'en faire sortir l'harmonieux ensemble d'un droit uniforme. Aussi, la part qui revient au jurisconsulte dans l'étude du droit administratif, nous paraît-elle plus large et plus belle que dans l'étude de tout autre droit. (...) C'est ici surtout que le droit (...) reçoit du jurisconsulte son complet développement, et que la méthode du maître exerce une influence décisive sur l'avancement de la science²⁸⁸.

151. Théophile HUC – professeur de droit civil à Toulouse – soulignait à l'adresse du lecteur ce que le plan de Firmin LAFERRIÈRE avait d'arbitraire, au point qu'il « *aurait pu sans inconvénient en choisir un autre s'il s'était placé à un point de vue différent* ». Cependant, il concédait aussitôt que le plan effectivement adopté était suffisamment intelligent pour mériter les éloges, car il n'en permettait pas moins de saisir « *l'économie des lois administratives* ».

Le grand avantage d'un plan de ce genre, c'est qu'il est assez élastique pour comprendre dans ses divisions et subdivisions toutes les matières administratives sans exception, et, ce qui n'est pas sans importance, il établit

²⁸⁶ C'est de dont témoigne N. GAILLARD en confrontant droit civil et droit administratif : « *La plupart des magistrats et des jurisconsultes (...) comparent le droit administratif et le droit civil, l'un essentiellement variable, sans fondemens dans le passé, et, pour ainsi dire, sans ancêtres, qui ne consiste qu'en une infinité de pratiques, incapable de se réduire en corps de doctrine ni de s'élever à la dignité d'une science ; l'autre, prenant sa source dans les règles de la justice naturelle, puis recevant sur son passage le tribut de la sagesse de chaque siècle* » (Recension des *Éléments de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de FOUCART, in R.L.J. 1836, IV, p. 118).

²⁸⁷ REVERCHON Émile, Recension de *La justice administrative en France, ou Traité du contentieux de l'administration* (1^{re} éd.) de DARESTE, in R.C.L.J. 1862, XX, p. 355. Peu avant le même écrivait dans le même sens : « *Le droit administratif n'est pas codifié, et nous ajoutons immédiatement que, considéré dans son immense cadre, il n'est pas susceptible de l'être. Le traité est donc seule possible, et de là naît la nécessité de rechercher avant tout le fil conducteur le plus propre à assurer la marche de l'esprit dans le dédale, au moins apparent, de cette vaste étude* » (Recension du *Cours de droit public et administratif* (5^e éd.) de LAFERRIÈRE, in *Journal des économistes* 1861, XXXI, p. 81).

²⁸⁸ CARESME Émile [procureur à Dieppe], Recension du *Cours de droit administratif* (1^{re} éd.) de DUCROCQ, in *Le Droit* 1862 (21 août), n° 198.

un ordre rationnel et logique dans la manière dont sont disposés les développements donnés sur chaque objet. Dès lors il est facile de saisir d'un coup-d'œil l'économie des lois administratives et d'en rapprocher les dispositions, en prenant pour base le but final qui a déterminé le législateur²⁸⁹.

C'est sans aucune contradiction que le même affirme à propos du plan adopté par BATBIE pour son précis, qu'il « *a l'avantage d'être impersonnel (...) et par conséquent d'être au-dessus de toute discussion* » puisqu'emprunté aux *Institutes*. Choisir le plan de GAIUS pour organiser le droit administratif, c'est dépasser l'impossibilité d'une codification en ralliant les administrativistes à une perspective qui en n'étant pas singulière, pût provoquer l'adhésion unanime.

Quand il s'agit d'un plan tout-à-fait arbitraire, tel que celui adopté par M. LAFERRIÈRE et quelques autres écrivains, comme les vues personnelles de l'auteur peuvent toujours être contestées et que le point de vue qui est déterminant pour l'un est sans influence sur l'autre, il en résulte un arrangement tout-à-fait artificiel, et dont les bases ne paraissent pas toujours bien assises. Aussi, je n'hésite pas à déclarer qu'en principe (...) le plan de M. BATBIE a une importance exceptionnelle, qu'il est plus conforme aux saines traditions juridiques, et surtout qu'il se présente avec un caractère scientifique qu'ont chercherait vainement ailleurs²⁹⁰.

- 152. Convaincre de la scientificité du droit administratif.** – Le plan adopté par BATBIE ne fut pas la seule option doctrinale à être envisagée. Là réside le plus important : il fut un essai parmi d'autres. Du reste, les louanges adressées à BATBIE pour son empreint – d'ailleurs assez superficiel – à la doctrine civiliste exacerbent le sens de cette entreprise. À savoir soustraire le droit administratif à l'une de ses principales critiques dont il était l'objet : son impossibilité à être organisé d'une manière qui fût reçue unanimement ; à être érigé en un droit dont les assises doctrinales eussent quelque chose de certain, de sorte qu'un savoir pût s'y développer sans être menacé de précarité. Notre propos n'est pas de discuter la pertinence des divers plans envisagés, depuis celui de FOUCART jusqu'à ceux de DUCROCQ ou AUCOC. Il s'agit de convaincre que la doctrine administrative – ne fût-ce qu'une partie – a réalisé avec lucidité ce dont les traités généraux étaient susceptibles : systématiser le droit administratif en palliant à l'absence de codification. Sous la Troisième République, Adhémar ESMEIN le rappelle de manière saisissante, quoiqu'il dénigre ce faisant les entreprises doctrinales précédant celle de DUCROCQ :

L'ouvrage de M. DUCROCQ contient une systématisation complète des matières administratives ; (...) on pourrait l'intituler : Système du droit administratif. C'est en les ramenant à des principes généraux, en les faisant rentrer dans des divisions rationnelles, que l'auteur a pu (...) présenter l'exposé complet des innombrables lois administratives de son pays. (...)

²⁸⁹ HUC Théophile, Recension du *Cours de droit public et administratif* (5^e éd.) de LAFERRIÈRE, in *Académie de législation de Toulouse* 1861, X, p. 249.

²⁹⁰ *Id.*, p. 251-252.

Ce n'est pas qu'une telle méthode ne puisse prêter à la critique. (...) Mais (...) la méthode systématique est, au fond, la seule qui puisse produire un enseignement vraiment scientifique. Utile partout, elle est surtout nécessaire dans les matières administratives, qui ne sont pas codifiées, qui ne le seront probablement jamais²⁹¹.

Léon AUCOC a résumé succinctement les différentes entreprises doctrinales réalisées en ce sens, en en faisant voir toute la diversité – reflet du dynamisme de cette doctrine de systématisation :

Les uns ont suivi l'ordre alphabétique [DUFOUR], les autres ont groupé les matières par services publics [FOUCART & LAFERRIÈRE], il y en a qui ont exposé les règles du fond à propos de l'organisation des pouvoirs publics et de leurs attributions [SERRIGNY & CABANTOUS] ; d'autres ont principalement tenu compte de la nature des règles du droit administratif [TROLLEY²⁹² & DUCROCQ].

M. DARESTE a tenu à faire rentrer ces règles dans les divisions établies pour les règles du droit civil, (...) et non seulement dans les grandes divisions comme l'ont fait après lui d'autres auteurs, notamment M. BATBIE, mais dans les plus petites²⁹³.

- 153. Le traité d'Édouard LAFERRIÈRE : un essai pour cantonner la doctrine universitaire dans le giron du Conseil d'État.** – Pourtant, le traité qui de nos jours fait figure de fondation pour le droit administratif moderne est celui d'Édouard LAFERRIÈRE²⁹⁴. Il fut à l'époque entouré de certaines circonspections. S'il fut estimé en soi, il ne fut jamais perçu que comme un ouvrage de contentieux essentiellement destiné à la pratique. DUCROCQ ou encore AUCOC se sont élevés contre la prétention de son auteur à borner l'enseignement du droit administratif entre « *l'étude de l'Organisation administrative* » et « *l'étude du Contentieux administratif* ». C'est à l'intérieur de ces deux termes qu'aux dires de LAFERRIÈRE, « *se trouveraient naturellement tracées les deux grandes divisions d'un enseignement rationnel du Droit administratif, le jour où l'on voudrait lui donner, dans les programmes universitaires, une place proportionnée à son importance* »²⁹⁵. Ainsi d'après AUCOC :

²⁹¹ ESMEIN Adhémar, Recension du *Cours de droit administratif* (4^e éd.) de DUCROCQ, in *R.H.D.F.E.* 1875, p. 340-341.

²⁹² Alfred TROLLEY – professeur à la faculté de Caen – a originellement conçu un traité général de droit administratif dont il esqua le plan dans le premier tome. Cependant, il n'en réalisa que la première partie à moins que son dessein n'évoluât au cours de l'entreprise.

²⁹³ AUCOC Léon, Recension de *La justice administrative en France, ou Traité du contentieux de l'administration* (2^e éd.) de DARESTE, in *R.C.L.J.* 1898, XLVII, p. 522-523.

²⁹⁴ Le professeur GONOD examine en quoi consiste la novation de ce traité, l'exagérant quelque peu – pensons-nous – lorsqu'elle réduit la littérature qui la précède à une « *étude atomisée du droit administratif* », arcbutée sur une méthode purement exégétique (Édouard LAFERRIÈRE, *un juriste au service de la République*, Paris, L.G.D.J., 1997 (thèse de doctorat, université Panthéon-Sorbonne), spéc. p. 25 sq. & 40 sq. Cf. du même auteur : « La place du "Traité de la juridiction administrative" d'Édouard LAFERRIÈRE dans l'évolution du droit administratif français », in *Annuaire d'histoire administrative européenne* 1996, n° 8, p. 87.

²⁹⁵ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et Cie, 1887-1888 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. v.

À notre avis, l'étude des questions de légalité et de compétence se rattachant aux différentes matières du droit administratif, et qui sont bien autrement complexes que celles qui se rattachent au droit civil, doit toujours accompagner l'étude de l'organisation des services publics, des droits qu'ils donnent à l'administration, des obligations et des charges qu'ils imposent aux citoyens. L'une n'est pas complète sans l'autre et c'est au même moment qu'elles doivent être offertes aux étudiants pour être bien comprises²⁹⁶.

Dans la même perspective, DUCROCQ a pu critiquer cette opinion de LAFERRIÈRE d'après qui « *la jurisprudence est [en droit administratif] la véritable source de la doctrine* »²⁹⁷. S'il discuta cette assertion en argumentant en droit, il réalisa qu'il fut question plus fondamentalement du statut de la doctrine – spécialement de la doctrine universitaire. En étant cantonnée à être l'exégète du Conseil d'État, celle-ci est concurrencée – si ce n'est même écartée – pour ce qui tient à la formalisation des principes qui, en droit administratif, participent autant de son enseignement que de sa définition comme science. DUCROCQ s'est bien rallié à l'opinion de SERRIGNY qui insistait avec TROLLEY²⁹⁸ sur le rôle de la jurisprudence administrative²⁹⁹. Mais tandis que ceux-ci rendaient hommage au Conseil d'État, Édouard LAFERRIÈRE déplaça sensiblement les représentations pour poser un axiome dont l'intransigeance des termes contraignit la doctrine universitaire à n'être que le commentateur de la jurisprudence administrative. À quoi fit écho le conseiller d'État BÉQUET : « *La doctrine juridique ne précède pas les faits contentieux, elle les suit ; et ce n'est que lorsque ceux-ci, par leur nombre, par leur diversité, par les conséquences qu'ils ont eux-mêmes engendrées, peuvent constituer un corpus juris que le légiste peut à son tour intervenir et tirer de leur ensemble les leçons philosophiques, théoriques et pratiques qu'il est bon de mettre à la portée de tous* »³⁰⁰. À quoi adhéra le doyen HAURIU quelques années plus tard en conférant à cette inclination une densité historique inédite : « *C'est le Conseil d'État qui a fait le droit administratif français* »³⁰¹. Ce réajustement des pôles institutionnels à partir desquels le droit

²⁹⁶ AUCOC Léon, Recension du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1^{re} éd.) de LAFERRIÈRE, in R.C.L.J. 1888, XXXVII, p. 691. Cf. dans le même sens : DUCROCQ Théophile, Recension du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1^{re} éd.) de LAFERRIÈRE, in R.G.D. 1887, XI, p. 470.

²⁹⁷ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. vij.

²⁹⁸ « *Sans l'existence de ce conseil, jamais cette partie de la législation ne se serait élevée à l'état de science* » (SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1842 (2 vol.), t. 1, p. iv). Dans le même sens, TROLLEY écrivait que : « *c'est surtout au conseil d'État que revient l'honneur d'avoir fixé et d'avoir fait progresser la science du droit administratif* » (*Cours de droit administratif...*, op. cit., t. 1 (1844), p. xv).

²⁹⁹ DUCROCQ Théophile, Recension du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1^{re} éd.) de LAFERRIÈRE, in R.G.D. 1887, XI, p. 466-467.

³⁰⁰ BÉQUET Léon, Recension du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1^{re} éd.) de LAFERRIÈRE, in *Le Droit* 1887 (4 mars), n° 53.

³⁰¹ HAURIU Maurice, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 1892 (1^{re} éd.), p. viij. Cf. également du même auteur : « *Droit administratif* », in BÉQUET Léon (dir.), *Répertoire du droit administratif*, Paris, Dupont, 1892-1911 (28 vol.), t. 14 (1897), p. 1 ; spéc. : « *De l'influence exercée par l'institution de la juridiction administrative sur le droit administratif français* » (p. 11).

administratif fut jusqu'alors formalisé – notamment le Conseil d'État et les facultés –, bouleversa la manière d'envisager cette science. En privilégiant la jurisprudence comme source du droit, son appréhension se fit plus technique puisque contentieuse.

- 154. Le précis de Maurice HAURIOU : un essai pour entériner les métamorphoses académiques du droit administratif.** – À la fin du XIX^e siècle, concomitamment avec le développement du droit constitutionnel académique, certains administrativistes se sont efforcés à faire voir le droit administratif différemment. D'aucuns – au premier rang duquel le doyen HAURIOU – suggérèrent de lui conférer une homogénéité à partir d'une perspective empruntée au contentieux administratif. Non plus en s'attachant aux interactions de l'administration avec les administrés, auprès de quoi le droit constitutionnel prenait place ; mais en portant les interrogations principielles sur la nature de l'administration et les manifestations de son action. Marc SAUZET – professeur à la faculté de Paris – se fit un témoin de cette césure. Et, combien même il n'a pas dissimulé ses réticences à l'endroit de ces nouvelles doctrines, il réalisa ce que cela emportait de changement dans la représentation du droit administratif – et partant, son écriture :

On laisse entrevoir la nécessité, pour cette « Puissance publique » surannée, de consentir à partager le pouvoir, afin de diminuer ses charges. À coté d'elle, dans l'État, elle doit faire une place à ce que l'on appelle « des organisations réelles des intérêts » [citation du *Précis de droit administratif* de HAURIOU, 1901 (4^e éd.)]. (...)

Ceux qui prophétisent cette transformation [du droit administratif], et qui y croient, ont une raison de plus de se joindre à nous, pour remercier M. DUCROCQ, et pour le louer, d'avoir, avant l'effondrement du régime administratif sous lequel la France du XIX^e siècle a vécu, assuré au moins la perpétuité de son souvenir dans un magistral et impérissable tableau³⁰².

Après l'ouvrage de SIMONET³⁰³, le doyen BERTHÉLEMY est certainement le dernier à publier un traité de droit administratif³⁰⁴ d'après une représentation dont la modernité

³⁰² SAUZET Marc, Recension du *Cours de droit administratif* (7^e éd.) de DUCROCQ, in *R.H.D.F.E.* 1901, p. 111.

³⁰³ Jean-Baptiste SIMONET, chef de bureau à la préfecture de la Seine, est l'auteur d'un traité assez classique dans le genre – quoique méconnu : *Traité élémentaire de droit public et administratif* (1885) qui connut quatre éditions (la dernière en 1902). Jules BRÉMOND, professeur de droit administratif à la faculté de Montpellier, écrivit à son propos : « *C'est une grande difficulté dans l'exposition du droit administratif que de choisir un plan qui enserme toutes les matières importantes dans un ordre logique. (...) La science du droit administratif est toute récente ; aucune des divisions qui sont adoptées ne peut remonter bien haut ; toutes d'ailleurs laissent à désirer si on veut les analyser trop rigoureusement. Tout ce qu'on peut raisonnablement exiger d'un auteur, c'est que le plan qu'il adopte soit bien conçu au point de vue de la clarté et de la facilité de l'exposition. M. SIMONET a réparti les matières administratives en deux grandes classes : 1^o organisation administrative ; 2^o fonctionnement des services publics* » (Recension du *Traité élémentaire de droit public et administratif* (1^{re} éd.) de SIMONET, in *R.C.L.J.* 1886, LII, p. 62).

³⁰⁴ Henry BERTHÉLEMY publia à l'orée du XX^e siècle son *Traité élémentaire du droit administratif* qui connut jusqu'à treize éditions (la dernière étant datée de 1933). Dans la première édition, il y écrit dans ses notes préliminaires : « *L'ordre que je préfère aux autres n'a aucune prétention à l'originalité. C'est le plus simple et le plus propice à la clarté de l'exposition ; cela suffit. (...) Je ne vois que des inconvénients à la méthode adoptée par plusieurs auteurs, notamment par M. BATBIE, et qui consiste à suivre pour l'étude du droit administratif l'ordre des matières du Code*

est largement inspirée de ses prédécesseurs qui insistaient déjà sur une perspective institutionnelle. C'est-à-dire en soulignant les interactions entre l'administration et les administrés, dans le dessein de les circonscrire méticuleusement. En ce sens, nous pensons pouvoir le rapprocher de cette « *doctrine libérale citoyenne* » que le professeur TOUZEIL-DIVINA s'est efforcé de caractériser³⁰⁵. À l'inverse des libéraux citoyens qui, comme FOUCART ont décidé de « *présenter le droit administratif du point de vue des administrés présentés en tant que citoyens détenteurs de droits et d'intérêts à protéger* »³⁰⁶, Léon MICHOU – professeur à la faculté de Grenoble – louait le *Précis de droit administratif* de son collègue toulousain pour son dispositif démonstratif : « *Pour faire un plan rationnel de droit administratif, il faut considérer tout d'abord l'administration elle-même, et non point les personnes avec qui elle est en relation* »³⁰⁷. Aussi développa-t-il ce qu'un ouvrage généraliste du droit administratif dût satisfaire.

[Le] plan idéal dont nous cherchons à déterminer les conditions (...) ne doit pas abandonner au hasard les subdivisions qu'il comporte. Il doit chercher à relier les matières entre elles par un lien naturel, à les enchaîner par une logique intime, et non à les distribuer au hasard dans des compartiments artificiels. C'est cette condition est qui est la plus malaisée à remplir et c'est la plus importante de toutes, car elle est la condition primordiale de toute étude vraiment scientifique³⁰⁸.

Il ne faut pas se laisser abuser par ce qu'il entend par « scientifique ». À l'instar de BATBIE qui employa en son temps la même valorisation, ce terme est seulement destiné à rejeter les doctrines précédentes comme si elles appartenaient à un âge préscientifique.

- 155. Promouvoir une nouvelle représentation du droit administratif à la fin du XIX^e siècle, en dévaluant la doctrine antérieure.** – Pour des raisons sur lesquelles nous nous attarderons plus longuement dans la seconde partie, les administrativistes se sont efforcés, plus que jamais, de démontrer le caractère scientifique de leur discipline dans un dessein somme toute analogue à celui de BATBIE : faire admettre le droit administratif comme l'égal du droit civil ; c'est-à-dire comme une discipline

civil » (*Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1900-1901 (1 vol.), p. 10, note de bas de page).

³⁰⁵ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 180 *sq.*

³⁰⁶ *Id.*, p. 180. Ses promoteurs – fût-ce certains d'entre eux – furent assez bien conscients de l'orientation doctrinale qu'ils insufflaient au droit administratif et des inconvénients inhérents à cette option doctrinale, si bien que Firmin LAFERRIÈRE écrivait : « *Aujourd'hui non-seulement le droit administratif est trop resserré dans les limites de son enseignement, mais en lui-même il n'est qu'une branche de la science ; il ne peut offrir qu'un aspect de l'administration, ses rapports avec les citoyens. Il ne contient pas, il ne peut contenir les connaissances accessoires et cependant indispensables, qui concourent à former dans son ensemble et sa vérité la science administrative* » (Recension des *Considérations sur l'enseignement du droit administratif* de MALLEIN, in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1858, XLIV, p. 273).

³⁰⁷ MICHOU Léon, Recension du *Précis de droit administratif* (2^e éd.) de HAURIOU, in *R.G.A.* 1893, III, p. 10.

³⁰⁸ *Id.*, p. 7-8.

proprement juridique et autonome du droit privé³⁰⁹. À l'aune de ses préoccupations académiques, le professeur MICHOUUD y critique les traités de ses prédécesseurs et jette ce faisant un regard rétrospectif sur le second XIX^e siècle qui aurait couvé la genèse d'un droit parvenu – sous son époque seulement – à une pleine maturité. Il ne s'intéresse pas tant à l'histoire du droit administratif qu'à abaisser la doctrine qui le précède pour faire voir l'œuvre du professeur HAURIOU comme si elle se plaçait naturellement en surplomb. Dénivelé artificiel et artifice spécieux – l'ombre est jetée sur un siècle de doctrine. Quoi qu'il en soit, ce biaisement historique nous fait voir avec plus d'acuité cette rupture capitale, intervenue autour des années 1880-1890 dans le champ de la doctrine administrative, et dont les répercussions sur les traités de droit administratif sont fondamentales.

Si nous étudions la littérature du droit administratif dans notre siècle, et particulièrement dans ces trente dernières années, nous verrons que l'on ne peut considérer le problème [celui du plan idéal] comme entièrement résolu. (...) Nous constaterons qu'il y règne la plus grande diversité de plans. (...)

Les deux plans de nature plus particulièrement juridique que l'on peut signaler sont celui de M. BATBIE et celui de M. DUCROCQ. (...) On sait qu'il faut beaucoup se méfier, en droit administratif, des arguments tirés du droit privé ; ce n'est que par contraste que l'on fait ainsi rentrer les matières administratives dans des cadres qui ne sont point faits pour elles, et l'on risque, par cette méthode, de les présenter sous un faux jour. Le plan de M. DUCROCQ est plus séduisant. (...) Ce plan a l'avantage de fournir à l'avance, pour chaque matière, une idée directrice ; il a l'inconvénient de chercher cette idée directrice, non dans l'administration elle-même, c'est-à-dire dans l'organisme vivant et agissant dont l'étude juridique est l'objet du droit administratif, mais dans le particulier qui est atteint en passant par l'acte de l'administration. (...) D'autre part, le plan ainsi conçu dépasse les limites du droit administratif proprement dit, car la protection des droits tels que la liberté individuelle ou la liberté de la presse met en jeu fréquemment d'autres autorités que l'autorité administrative, et l'on se trouve amené par là à exposer des matières qui rentrent, en réalité, dans le droit pénal ou le droit civil³¹⁰.

L'adhésion que porte MICHOUUD au plan de HAURIOU procède d'une nouvelle délimitation du droit administratif. Son périmètre est réajusté avec le développement concomitamment d'une doctrine constitutionnaliste, de même qu'il est expurgé des reliquats privatistes dont la présence s'expliquait jusqu'alors par les contraintes académiques d'un enseignement inféodé au droit civil. Il est alors question de convaincre de l'autonomie du droit administratif, de sorte que sa représentation ne soit plus contingente d'un enseignement académique conçu dans l'orbite du droit privé. En outre, MICHOUUD s'emploie à ce que la conception du droit administratif soit proprement juridique – d'où l'importance inédite que présente le contentieux administratif. C'est par là qu'il critique le traité (précité) de SIMONET dont il estime que son plan tient davantage de la science administrative que du droit administratif.

³⁰⁹ Cf. à cet égard notre titre III de la seconde partie.

³¹⁰ *Id.*, p. 8-10.

On tient compte [dans ce traité], pour faire la classification, non point de la nature ou de l'étendue des droits que l'administration peut invoquer, mais uniquement du but qu'elle cherche à atteindre³¹¹.

En somme, cet auteur est de cette génération d'administrativistes universitaires qui s'est employée à aligner leur conception du droit administratif d'après la manière dont ils se sont représenté la doctrine administrative – doctrine plus exclusivement universitaire : une représentation toute indiquée par l'institution académique et la réforme du diplôme du doctorat et la réorganisation du concours de l'agrégation (1895-1896). À cet égard, le droit administratif tend à être promu comme une *science juridique* foncièrement *autonome* du droit privé.

156. La doctrine de systématisation du XIX^e siècle a-t-elle échoué à parvenir à ses ambitions ? Avec l'absence de codification du droit administratif, elle fut – pensons-nous – *lucide* sur les enjeux scientifiques et académiques sous-jacents aux formalisations doctrinales du droit administratif. La plupart des auteurs furent, du reste, modestes quant à leur contribution. Ils ont réalisé ce que leur entreprise avait de nécessairement subjective et de contingente, en soumettant à la critique de leurs pairs une représentation personnelle du droit administratif qui pût emporter leur conviction. Leurs apports respectifs ont largement contribué à la richesse et au dynamisme d'une science plutôt qu'à son impuissance. La diversité des thèses en concurrence n'est pas le reflet d'une doctrine atone. Elle incarne au contraire le génie créatif de cette doctrine et l'inclination de ses auteurs à réagir les uns par rapport aux autres, par l'effet d'une émulation prolifique pour la science du droit administratif. Il est malaisé de leur adresser le grief de n'être parvenus à aucun consensus fondamental et d'avoir exposé des plans fantaisistes qui fussent tous plus singuliers les uns que les autres. Mieux, cette doctrine savante de systématisation a su prendre conscience d'elle-même en identifiant les difficultés qui, en se présentant à elle, ont structuré ce genre littéraire spécifique et lui ont conféré un caractère propre ainsi qu'une utilité scientifique certaine.

³¹¹ *Id.*, p. 8.

- 157. Conclusion du titre III.** – Nous nous sommes efforcé de montrer les ressorts des différentes littératures administratives afin de dissiper les préjugés qui y sont attachés. La classification dont nous nous sommes aidé ne sert qu'à souligner une pluralité, seule à même de s'en représenter la richesse. Il serait regrettable de n'en considérer qu'une partie, tant ses diverses manifestations sont solidaires les unes des autres en participant d'une dynamique qui, pour n'être pas univoque, leur confère une valeur incontestable. Les synergies que l'on suppose entre chacune aident à se comprendre la doctrine administrative comme un système discursif au sein duquel la valeur des ouvrages se laisse apprécier d'après leurs fonctionnalités respectives. Le lectorat auquel ils sont destinés, les motivations qui ont animé leurs auteurs, les témoignages laissés par leurs contemporains, les citations dont ils font l'objet ailleurs, sont autant d'aspects qui contribuent à apprécier leur réception – laquelle doit conditionner leur évaluation rétrospective. L'histoire du livre juridique autour duquel s'agrègent une histoire doctrinale du droit administratif et une histoire économique de l'édition juridique, confère aux littératures administratives un relief fécond. Celles-ci ne s'appréhendent pas seulement comme un discours lisse, exempt de rugosités, mais plus comme une trame discursive où s'y rapportent des entreprises mues par des préoccupations spécifiques. Celles-ci ne se laissent apprécier qu'à l'aune des contraintes avec lesquelles elles entrent en tension et au travers desquelles elles trouvent une expression scripturaire. Loin d'apparaître comme autant de projets désincarnés, les ouvrages doivent être compris selon les préoccupations respectives des auteurs, afin de discerner le propos auquel ils ont souhaité les prêter. Tous les indices que l'on décèle en appréhendant des ouvrages en prise avec leur époque, donnent lieu à une historicisation susceptible d'en faciliter la lecture. Au lieu de ne considérer qu'un texte isolé de sa gangue, le lecteur d'aujourd'hui doit se montrer sensible aux conditions de son élaboration. Toujours tâtonnants et souvent conjecturaux, ces efforts permettent de découvrir des silences, de déceler des omissions, c'est-à-dire d'envisager ce que l'auteur ne dit pas pour reconstituer les choix dont procède la conception de son ouvrage. Il n'est pas tant question de lui reprocher des carences que d'interpréter les orientations doctrinales qu'il entérine à travers l'écriture. Celles-ci sont signifiantes de la manière dont l'auteur a souhaité mettre en discours le droit administratif – ou une partie de celui-ci. Nous ne perdons pas de vue que cet exercice présente quelque chose de conjectural. L'accumulation des indices en faveur d'une lecture ne doit jamais nous conduire à une conclusion péremptoire. Celle-ci occulterait une démarche tâtonnante qui se nourrit de la contradiction.

TITRE IV

LA CONSÉCRATION D'UN SUJET DOCTRINAL : LES CONTRATS MOBILISÉS À PENSER LE DROIT ADMINISTRATIF (1815-1890)

158. Les contrats de l'administration n'ont pas constitué un sujet qui fût donné aux administratives, comme s'ils n'avaient plus qu'à être mis en ordre. C'est le plus souvent pour désigner une matérialité que nous parlons de contrats de l'administration, sans supposer à cette locution une valeur générique. Elle ne préjuge en rien de la manière dont les administrativistes s'en sont souciés. Tel est précisément l'objet de ce titre. Après avoir indiqué comment nous envisageons appréhender la littérature administrative du XIX^e siècle (comprise au pluriel), il s'agit de l'employer à démontrer que ces contrats sont devenus un sujet doctrinal. Les développements doctrinaux dont ces contrats ont fait l'objet ont cessé d'être diffus comme ce fut le cas dans le premier tiers du XIX^e siècle. Des auteurs comme BONNIN & PORTIEZ DE L'OISE n'ont traité des contrats de l'administration qu'à la marge de leur propos. À partir de la Restauration, ces contrats sont plus systématiquement assimilés à la manière dont le droit administratif est appréhendé – à commencer avec le baron de GÉRANDO. Il ne s'agit pas de lui supposer une intelligence plus pénétrante. Cette inclination qui se renforce à partir des années 1830 nous semble indiquer qu'en ayant été conçu différemment, le droit administratif s'est présenté sous des aspects inédits. Les administrativistes ont traité des contrats de l'administration comme un sujet coextensif des représentations qu'ils se firent du droit administratif. C'est à l'aune de cette perspective que la locution « contrat administratif » prit un sens clairement défini, au lieu d'être employée ici et là sans que les auteurs y prêtent beaucoup d'importance. Renonçons à toute idée inspirée d'un progrès du Droit qui dissiperait les confusions négligemment entretenues par la nonchalance intellectuelle des administrativistes. Dans le second tiers du XIX^e siècle, l'appréhension du droit administratif s'articula à des ressorts sensiblement différents des décennies précédentes, largement déterminés par l'avènement graduel du régime parlementaire sous les deux monarchies constitutionnelles. Nous expliciterons – dans un premier temps – les préoccupations gestionnaires de certains administrativistes, soucieux d'assimiler au droit administratif des problématiques afférentes à l'économie interne de l'administration. Ce fut principalement le cas des professeurs GÉRANDO et FOUCAULT (**chapitre 1**). La généralisation d'un enseignement universitaire du droit administratif à partir des années 1830 a encouragé certains enseignants à prolonger

leurs cours oraux en entreprenant des ouvrages portés à systématiser leur discipline. Dans la continuité des débats parlementaires évoqués dans le titre II et qui se sont poursuivis sous la Monarchie de Juillet, les contrats de l'administration ont été employés à formaliser une certaine conception de la compétence administrative, solidaire d'une représentation donnée du droit administratif. C'est essentiellement par ce biais que les administrativistes se sont désigné les *contrats administratifs* pour leur conférer une acception contentieuse. Ainsi ont-ils été pensés en intimité avec un droit administratif conçu à l'aune du parlementarisme orléaniste (**chapitre 2**). Cette hypothèse nous paraît corroborée par les évolutions doctrinales du second XIX^e siècle. Car en se donnant une manière sensiblement différente d'appréhender le droit administratif, les universitaires concurent autrement les contrats de l'administration pour les confiner aux marges de leur discipline. Nous en expliciterons les motifs, pour nous attarder *in fine* sur les vecteurs par lesquels les administrativistes les ont tendanciellement rapprochés des contrats du droit civil (**chapitre 3**). Ce titre commence au début de la Restauration, afin d'y inclure les premières années où une rationalité gestionnaire se manifesta en dehors du sein même de l'administration. C'est ce dont nous rendons compte dans le premier chapitre. Nos recherches se poursuivent à travers le XIX^e siècle jusqu'aux années 1890 environ. Ce terme s'explique par l'arrivée progressive de nouvelles générations de juristes auxquelles appartient, par exemple, Maurice HAURIOU et dont les carrières s'étaleront plutôt sur la Belle Époque. Il ne faut considérer le XIX^e siècle comme une période monolithique. Cependant, nous avons préféré épouser une périodisation communément partagée – non sans raison d'ailleurs –, afin que notre propos ne soit pas desservi par une originalité qui en eût gêné la lecture.

<p style="text-align: center;">Chapitre premier Les contrats mis en exergue à travers une appréhension gestionnaire du droit administratif</p>

159. Avec l'avènement progressif du parlementarisme et l'affermissement concomitant du pouvoir ministériel, certains aspects de la science administrative ont été exposés à une publicité inédite. Sous l'Empire, la gestion administrative se présentait comme une question intime à l'administration, qui affleurait à peine le droit administratif. La Restauration provoqua un bouleversent insensible en avivant les préoccupations gestionnaires à l'endroit de l'administration. Certains administrativistes – dont notamment GÉRANDO et FOUCART – surent les assimiler à travers une représentation renouvelée du droit administratif, au centre de laquelle les contrats de l'administration devinrent un véritable sujet doctrinal (**section 1**). Ils y furent d'autant plus incités que le parlement se montra soucieux d'investir un domaine jusqu'alors laissé la discrétion de l'administration. La réglementation de la passation des marchés de l'État accompagna cette inflexion doctrinale marquée par les administrativistes précités (**section 2**).

Section première. – Une représentation du droit administratif renouvelée à partir d'une rationalité gestionnaire

160. S'il n'est possible de parler que d'un proto-parlementarisme sous la Restauration, le parlement sut affirmer sa prépondérance dans le champ des finances publiques. Il fut amené à saisir l'administration sous des aspects propres à débattre de l'efficiencia économique de sa gestion (**paragraphe 1**). Certains administrativistes, avantageusement distingués par des fonctions universitaires, se montrèrent perméables aux préoccupations gestionnaires enserrant l'administration. Engagés dans des entreprises doctrinales diverses, ils convergèrent dans leur souci d'appréhender la gestion publique comme un objet essentiel au droit administratif (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Le droit administratif de la Restauration confronté aux préoccupations gestionnaires de ses contemporains

161. Une nouvelle représentation du droit administratif sous la Restauration. –
Nous nous sommes expliqué sur les motifs qui ont porté des auteurs comme

PORTIEZ DE L'OISE et BONNIN à peu traiter des contrats de l'administration. Ils ne s'en sont souciés que de biais, afin d'exposer la stricte subordination des agents administratifs à l'égard du gouvernement. L'administration est passive dans la décision, active dans l'exécution. Suivant cette perspective contemporaine des années 1800, les contrats n'ont pas été spécifiés, car ces auteurs ont été saisis par des préoccupations doctrinales qui ne les y conduisaient pas. Par contraste avec ces derniers, le baron de GÉRANDO consacre dans ses *Institutes du droit administratif* une centaine de pages aux marchés de travaux publics¹ ; près de cent vingt pages aux marchés de fournitures² ; et une demi-douzaine de pages aux baux administratifs³. Soit plus de deux cent vingt pages au total. BOUCHENÉ-LEFER qui à la même époque publia une collection analogue à celle de GÉRANDO, étudie les marchés de fournitures sur plus de cent vingt pages⁴. Peut-être qu'au premier abord les travaux de ces deux administrativistes nous paraissent austères. Toutefois, en évitant de les réduire à des entreprises laborieuses, il nous faut souligner les préoccupations doctrinales qui les ont traversées. À cet égard, les *Institutes du droit administratif* de GÉRANDO sont particulièrement édifiantes. Elles exposent les contrats de l'administration en leur conférant une cohérence doctrinale qui ressort d'une appréhension *gestionnaire* du droit administratif⁵. C'est à ce titre qu'il les évoque en rapport avec l'administration *économique* – encore dénommée administration *financière*. C'est-à-dire celle dont l'objet est « *de fournir à toutes les branches de service public les moyens économiques d'exécution* »⁶. Il s'agit pour le professeur parisien de discerner les ressorts qui permettent à l'administration de fonctionner, ou bien comme autorité publique, ou bien comme autorité de tutelle⁷. Si son *Programme du cours de droit public positif et administratif* (1819) indique déjà les linéaments de sa doctrine⁸, ses *Institutes du droit administratif* (1829) en accusent davantage encore les contours. La comparaison des

¹ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, Paris, Nève, 1829-1830 (1^{re} éd.) (4 vol.), t. 4, p. 249-348 & 361-362.

² *Id.*, p. 363-480.

³ *Id.*, t. 3 (1830), p. 387-390 (pour les baux de l'État) & t. 2 (1829), p. 187-189 (pour les baux des communautés et établissements publics).

⁴ BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Droit public et administratif français, ou analyse et résultat des dispositions législatives et réglementaires publiées ou non sur toutes les matières d'intérêt public et d'administration ; ouvrage mise au courant des modifications survenus depuis la Révolution de juillet 1830*, Paris, Sédillot, 1831-1840 (4 vol.), t. 2 (1835), p. 614-740.

⁵ GUGLIELMI Gilles-J., « L'émergence d'une rationalité gestionnaire dans les théories du droit administratif au début du XIX^e siècle », in [collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques : élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX^e siècle (1815-1914)*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2010, p. 253.

⁶ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 3 (1830), p. 379.

⁷ Comme autorité publique, GÉRANDO comprend tout ce qui intéresse la sécurité et la sûreté d'une part, et la police d'autre part ; par autorité de tutelle, tout ce qui intéresse l'administration des communautés comme les communes par exemple (*id.*, t. 1 (1829), p. 24).

⁸ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Programme du cours de droit public positif et administratif à la faculté de droit de Paris, pour l'année 1819-1820*, Paris, Baudouin frères, 1819 ; cf. en particulier le « *Tableau synoptique des matières du droit public et administratif français* ».

deux met en valeur cette évolution qui l'a conduit à promouvoir, depuis le début de ses enseignements jusqu'à la publication de son code, cette préoccupation gestionnaire, prégnante dans la représentation qu'il se fait du droit administratif. Déjà en 1819, il spécifiait ce qu'il appelait la « *gestion de la fortune publique* ».

La société a d'abord des revenus, parce qu'elle est soumise aux charges de certains services ; nous comprenons sous le nom de gestion de la fortune publique, le recouvrement de ces revenus, la direction de ces dépenses⁹.

162. C'est par le biais de la gestion de la fortune publique que le baron de GÉRANDO envisage les contrats de l'administration. Ils participent de ce que nous pourrions appeler l'infrastructure économique d'une administration orientée vers trois sortes d'intérêts : la conservation politique de la société (sécurité et sûreté) ; le patronage des communautés particulières (la tutelle administrative) ; et le maintien de l'ordre public (la police administrative)¹⁰. Après de la conservation de la société, de la tutelle administrative et de la police administrative, l'administration économique constitue le quatrième et dernier service public que cet auteur discerne :

Il y a un intérêt purement économique, celui qui concerne la fortune publique : de là, pour l'administration à laquelle la fortune publique est confiée, un dernier ministère, un ministre de simple gestion. Il a pour objet le matériel des divers services publics, les dépenses, les recouvrements ; c'est l'administration fiscale¹¹.

« À ces quatre points de vue correspondent autant de divisions du droit administratif »¹². Au lieu de réduire l'administration à une puissance d'action, il la donne à voir jusque dans ses conditions d'existence. Si, dans la seconde édition de ses *Institutes du droit administratif*, l'administration économique n'est plus spécialement mise en valeur, c'est parce que le baron de GÉRANDO insiste plus encore sur « *les moyens, les instrumens à l'aide desquels l'administration parvient à accomplir [son] œuvre* »¹³. Il désigne par là les ressources matérielles utiles à l'administration pour pourvoir à ses fonctions, c'est-à-dire « *tout le système des puissances organiques que la société a instituées et confiées à l'administration, pour assurer les services publics* »¹⁴. Ce faisant, il distingue en quelque sorte une physiologie et une anatomie de l'administration. C'est-à-dire d'un côté, les missions échues à l'administration – la police ; et de l'autre, les moyens disposés à cet effet – les services publics.

Parmi les moyens destinés à pourvoir aux intérêts généraux de la société, se présente d'abord la fortune publique qui, à ce titre, devient à son tour aussi un intérêt général non moins essentiel, puisqu'à l'aide des revenus

⁹ *Id.*, p. 41.

¹⁰ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1829), p. 24-26.

¹¹ *Id.*, p. 25.

¹² *Ibid.*

¹³ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif réunis et mis en ordre, contenant l'exposé des principes fondamentaux de la matière, les textes des lois et ordonnances, et les dispositions pénales qui s'y rattachent*, Paris, Nève, 1842-1846 (2^e éd., 5 vol.), t. 1 (1842), p. xij-xijj.

¹⁴ *Id.*, p. xijj.

de l'État, elle met l'administration en mesure de satisfaire aux dépenses des services utiles. Vient ensuite la force publique dont le concours est également nécessaire. (...) Enfin, tous les services publics sont mis en jeu, assurés par l'organisation administrative qui, à côté de la hiérarchie des autorités, place le système entier des agents d'exécution, assigne les attributions, les compétences, résume ainsi l'ensemble des devoirs et des droits de l'administration, qui la personnifie dans ses fonctionnaires et la montre en quelque sorte vivante¹⁵.

Cette partition n'est pas anodine. Si elle peut sembler au premier abord n'être que le résultat d'une observation fidèle et le fruit d'une représentation simpliste, elle dénote l'importance que GÉRANDO assigne – avec ses contemporains – à la gestion administrative. Celle-ci n'est plus un objet réduit à la science administrative, comme si les administrateurs seuls y seraient intéressés. Mis en exergue comme elle l'est dans les *Institutes du droit administratif*, elle est érigée en un objet à part entière du droit administratif. La manière dont l'administration use de ses ressources n'est plus laissée à son entière discrétion ; elle devient l'objet d'une attention prise en compte par le juriste.

- 163. Des administrativistes attentifs aux préoccupations gestionnaires : des mutations induites par le parlementarisme.** – En appréhendant les lois administratives, PORTIEZ DE L'OISE et BONNIN ont mis l'accent sur interactions entre les administrés et l'administration. Aux confins de la science administrative, ils se sont souciés de montrer la régularité de son action, afin de la présenter comme un agent d'exécution dont l'impulsion vînt du gouvernement, sans qu'elle ne pût jamais s'en émanciper. Pour sa part, le baron de GÉRANDO s'est attaché à un aspect intentionnellement délaissé par ces derniers : l'administration économique. Ce n'est pas vraiment une rupture avec ses prédécesseurs, mais un infléchissement significatif. Il s'agit non seulement de circonscrire les prélèvements opérés par l'État sur les propriétés privées en démontrant la légitimité, mais de garantir en outre l'efficacité avec laquelle les moyens sont employés par l'administration. Cette appréhension trouve un écho particulièrement retentissant dans l'ouvrage de MACAREL et BOULATIGNIER : *De la fortune publique*¹⁶. En se proposant d'étudier « l'organisation et les besoins des services publics » pour donner à cette partie de la science du droit administratif une publicité plus étendue, c'est à l'examen de l'administration financière qu'ils se sont consacrés en premier lieu.

Dans nos temps modernes, où les grandes entreprises ne s'exécutent qu'au moyen de grands capitaux, les états peuvent de grandes choses (...) qu'autant que la fortune publique est bien administrée et que tous sont

¹⁵ *Id.*, p. xiiij-xiv.

¹⁶ MACAREL assiste GÉRANDO dans ses enseignements à la faculté de Paris. Par ailleurs, il lui a apporté son concours dans la rédaction de ses *Institutes du droit administratif* (*id.* (1^{re} éd.), t. 1 (1829), p. 13-14). Quant à BOULATIGNIER, il a tôt été remarqué par MACAREL qui a favorisé sa carrière (*cf.* la notice biographique que lui consacre le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État*).

convaincus de cette bonne administration car ce sont là les conditions du crédit¹⁷.

Ces auteurs explicitent la démarche initiée par GÉRANDO depuis les années 1820¹⁸. L'emprise des contraintes gestionnaires sur le droit administratif nous semble résulter des mutations constitutionnelles, emportées par la parlementarisation de la monarchie constitutionnelle – spécialement depuis la charte de 1830¹⁹. En soulignant cette correspondance entre l'évolution du droit administratif et la genèse du régime parlementaire, MACAREL et BOULATIGNIER en explicitent les motifs. En l'occurrence, il s'agit d'accompagner la mise en débat des finances publiques qu'a entérinée la Restauration, et de rationaliser le fonctionnement de l'administration pour en améliorer le rapport.

Dans un pays où les affaires publiques sont soumises à la discussion annuelle de grandes assemblées délibérantes et au contrôle incessant d'une presse libre, où le gouvernement, dépouillé du prestige d'une antique origine, est réduit, pour légitimer l'autorité dont il est investi, à justifier de son utilité, il faudrait que tous ceux qui peuvent influencer sur l'administration de l'état eussent étudié les différentes branches des services publics, et connussent leurs nécessités²⁰.

164. La responsabilité ministérielle ne s'exerce non plus seulement devant le chef de l'État, comme si tous les ressorts de l'action administrative étaient compris au sein du pouvoir exécutif. Avec le parlementarisme orléaniste, elle s'exerce en outre devant la chambre basse : l'administration est astreinte à agir légalement ; elle est en outre comptable de sa gestion devant le parlement (par l'intermédiaire de ses ministres). Cela étant, la Restauration a aussi contribué à « l'avènement d'un État fiscal régulier »²¹. La genèse d'une transparence financière avec la parlementarisation du budget²², a incité certains administrativistes – à l'instar de GÉRANDO – à entériner cette évolution en élargissant le droit administratif à ces nouveaux aspects. Ou sinon pour certains à s'intéresser en propre à la gestion de la fortune publique.

Cette fâcheuse ignorance des nécessités du gouvernement se révèle surtout en ce qui concerne l'administration des finances, qui, plus que

¹⁷ MACAREL Louis-Antoine & BOULATIGNIER Joseph, *De la fortune publique en France et de son administration*, Paris, Pourchet père & Videcoq, 1838-1840 (3 vol.), t. 1, p. 3-4.

¹⁸ L'ouvrage de BOUCHENÉ-LEFER ne nous paraît pas abonder dans ce sens. La consultation de son plan suffit à indiquer l'état d'esprit de son auteur. Il développe considérablement les aspects tenant au droit constitutionnel, qui dans les ouvrages de PORTIEZ DE L'OISE et de BONNIN sont contenus à l'introduction. En outre il ne manque pas de porter un vif intérêt aux garanties attachées aux droits individuels. Pour autant, les développements relatifs à l'administration tiennent toujours à son organisation, ses attributions et ses missions. Il n'envisage jamais la logistique de l'administration comme un objet d'étude (*Droit public et administratif français...*, *op. cit.*, t. 1 (1831), p. xlvj-xlvij).

¹⁹ Cf. LAQUIÈZE Alain, *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848*, Paris, P.U.F., 2002 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas).

²⁰ MACAREL Louis-Antoine & BOULATIGNIER Joseph, *De la fortune publique...*, *op. cit.*, t. 1 (1838), p. 1-2.

²¹ ROSANVALLON Pierre, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, 1990, p. 35.

²² Cf. BRUGUIÈRE Michel, *La première Restauration et son budget*, Genève, Droz, 1969 (thèse de doctorat, École pratique des hautes études).

d'autres, ce nous semble, exige des connaissances spéciales, une vue d'ensemble acquise par l'investigation des détails, et sur laquelle chacun pourtant se croit appelé à tracer ou à redresser la marche du gouvernement. Certes, jamais le défaut de science ne fut aussi regrettable ; car c'est dans les matières de finances qu'on cherche et qu'on trouve, d'ordinaire, les moyens les plus efficaces pour soulever les gouvernés contre les gouvernants²³.

Cette assimilation accompagne *in fine* « l'instauration d'une "régularité technique" qui se double d'une "régularité politique" »²⁴. Sans être rétifs à une transparence financière progressivement assise depuis le retour des BOURBONS, MACAREL et BOULATIGNIER l'approprient au droit administratif pour lui conférer la valeur d'une compétence savante. Il n'est pas tant question de défendre des « *théories financières* », que de traduire la gestion publique en une science proprement juridique. Ces auteurs paraissent s'y être résolus dans le souci de concurrencer l'attention critique de l'opinion publique, par la promotion d'une expertise technique qui pût préempter ce sujet.

On conçoit (...) que le gouvernement, qui ne veut que des dépenses utiles et des impôts légitimes, qui recherche les moyens de perception les plus doux et les plus économiques, qui veut l'ordre dans la comptabilité, doive appeler de ses vœux le jour où tous les citoyens pourraient connaître et apprécier les règles qui président à la gestion de la fortune publique²⁵.

Ce faisant, la gestion publique cesse d'être une *praxis* sur laquelle l'administration souhaiterait jalousement conserver une maîtrise²⁶ ; elle cesse d'être une « *législation bureaucratique* » comme se plaisait à le dire CORMENIN à propos des marchés de fournitures²⁷. Avec les premières formalisations du régime parlementaire – et en premier lieu la responsabilité financière de l'administration vis-à-vis du parlement –, le droit administratif a été augmenté de préoccupations gestionnaires. La gestion matérielle de ressources publiques a cessé d'être un sujet proprement interne à l'institution administrative, ressortissant exclusivement à la science administrative. Car les administrativistes comme BONNIN l'ont toujours appréhendée comme une question interne à l'administration, participant à cet égard du « *mystère administratif* »²⁸.

²³ MACAREL Louis-Antoine & BOULATIGNIER Joseph, *De la fortune publique...*, *op. cit.*, t. 1 (1838), p. 3.

²⁴ ROSANVALLON Pierre, *L'État en France de 1789 à nos jours*, *op. cit.* (1990), p. 35

²⁵ MACAREL Louis-Antoine & BOULATIGNIER Joseph, *De la fortune publique...*, *op. cit.*, t. 1 (1838), p. 4.

²⁶ Sans pleinement adhérer à l'idée que l'administration impériale aurait joui du « *mystère administratif* » comme d'une force, nous rejoignons le professeur TULARD lorsqu'il fait apparaître les bouleversements induits par l'avènement d'un régime proto-parlementaire sous la Restauration. « *Le régime parlementaire entraîne une discussion annuelle du budget de l'État. Les comptes de l'administration deviennent désormais publics. Aux débats parlementaires largement diffusés (...) s'ajoute une pluie de brochures commentant recettes et dépenses, critiquant les traitements jugés trop élevés ou la gestion de telle administration. Le ministre peut être interpellé et l'administration se trouve ainsi exposée désormais aux critiques de la Chambre* » (« Les débuts du régime parlementaire », in [ouvrage collectif], *Administration et parlement depuis 1815*, Genève, Droz, 1982, p. 12). Cf. dans le même sens : THUILLIER Guy & TULARD Jean, *Histoire de l'administration française*, Paris, P.U.F., 1984 (1^{re} éd.), p. 37.

²⁷ [CORMENIN Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État, comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Imprimerie de M^{me} Hérisant Le Doux, 1818, p. 179.

²⁸ THUILLIER Guy & TULARD Jean, *Histoire de l'administration française*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1984), p. 37.

165. Les faits de gestion échappent à l'examen de BONNIN. L'organisation hiérarchique de l'administration, des agents subalternes jusqu'à l'empereur le conduit à situer les actes de gestion dans le ressort de la compétence des ministres. Une compétence que l'auteur ne fait que mentionner et qu'il resserre dans des développements concis. Les administrateurs ne sont que des agents, c'est-à-dire des exécutants tandis que l'empereur dirige par l'intermédiaire de ses ministres, sans lesquels il ne serait informé de rien et incapable de prendre aucune décision²⁹. Comme « *premier anneau de la chaîne administrative* »³⁰, ces derniers sont responsables de tous les actes administratifs. Tandis qu'ils assistent l'empereur lorsqu'il délibère en son gouvernement, ils sont ensuite chargés d'appliquer les décisions qui y sont arrêtées et, comme un accessoire nécessaire, de décider des dispositions matérielles à requérir³¹. C'est pourquoi tous les actes des administrateurs sont *in fine* soumis à l'approbation des ministres. À commencer par le « *premier administrateur dans l'ordre de l'organisation administrative* »³² : le préfet. « *Les actes qu'il fait pour l'administration du département confié à ses soins, doivent (...) être soumis à l'approbation préalable de l'autorité supérieure* »³³ – autrement dit le ministre. Celui-là ne peut « *prendre aucun arrêté sur des objets qui intéressent le régime de l'administration (...) sans en avoir préalablement reçu l'approbation du Gouvernement* »³⁴. GÉRANDO entérine d'ailleurs cette conception.

Les ministres remplissent deux ordres de fonctions :

1°. Ils proposent et contre-signent les actes de l'autorité royale ;

2°. Ils agissent en leur nom propre. (...) Quelquefois ils agissent sans autorité de commandement, comme lorsqu'ils se bornent, (...) à exécuter des actes de simple gestion, comme à traiter au nom de l'État³⁵.

À l'instar de ses contemporains, BONNIN conçoit les marchés de fournitures en tant qu'ils participent d'un ordre de préoccupations propre à la science administrative. Il n'en traite principalement qu'au titre des dépenses administratives, c'est-à-dire dans une optique essentiellement *gestionnaire* et *comptable*. Au tournant des années 1830, il n'en va pas différemment chez BOUCHENÉ-LEFER qui évoque les marchés de fournitures et de travaux publics dans un chapitre sur les compétences des ministres, juste après avoir traité du budget de l'État, et avant la liquidation et l'ordonnancement de ses dépenses³⁶. La parlementarisation de la monarchie bourbonnienne a conduit à exposer l'économie interne de l'administration lorsqu'elle

²⁹ BONNIN Charles, *Principes d'administration publique*, Paris, Renaudière, 1812 (3^e éd., 3 vol.), t. 1, p. 145-146.

³⁰ *Id.*, p. 142.

³¹ *Id.*, p. 143.

³² *Id.*, p. 165.

³³ *Id.*, p. 182.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1829), p. 130-131.

³⁶ BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Droit public et administratif français...*, *op. cit.*, t. 2 (1835), p. 614 *sq.*

n'était auparavant qu'une question purement bureaucratique, discrètement visée par les administrativistes – comme à la marge. En s'inspirant des administrativistes qui l'ont précédé, GÉRANDO a infléchi leur représentation du droit administratif pour reconnaître une égale importance aux fonctions de l'administration et à l'administration des moyens. Assimilée à un véritable service public, la gestion de la fortune publique est consacrée par un droit administratif aux contours plus larges. C'est pourquoi les contrats de l'administration ont gagné dans les *Institutes du droit administratif* une visibilité dont ils n'ont pas bénéficié dans les ouvrages de droit administratifs antérieurs. Au lieu d'être accidentellement traités ici ou là, ils ont acquis un statut scientifique au sein du droit administratif. Cette préoccupation gestionnaire a décidé la doctrine administrative à pleinement s'approprier ce sujet.

- 166. La contribution des débats parlementaires à cette inflexion doctrinale.** – La transparence financière dont parle le professeur ROSANVALLON pour caractériser l'avènement d'un gouvernement représentatif³⁷, a incité la doctrine administrative à embrasser avec l'action administrative, la logistique qui la soutient. Pour cause, la responsabilité ministérielle a exposé les marchés de fournitures comme n'importe quels autres faits de la gestion ministérielle. À cet égard, la discussion du budget devant les chambres a été décisive. Ce principe posé dès la Première Restauration (avril 1814 – mars 1815) est tout entier résumé par le ministre des finances qui fit adopter les budgets de 1814 et 1815, le baron LOUIS :

Pour procéder suivant l'ordre [des] délibérations [parlementaires], nous allons d'abord vous présenter l'évaluation la plus exacte possible de nos besoins, c'est-à-dire des sommes qu'il est nécessaire d'affecter à chacun de nos départements ministériels entre lesquels ces besoins se partagent. Nous aurons ensuite l'honneur de vous offrir l'aperçu des voies et moyens propres pour les balancer (...)

Chaque ministre est garant de l'emploi régulier des fonds mis à sa disposition. Ces fonds sont dans la proportion la plus rigoureuse possible avec les besoins mûrement approfondis de son service, et nous croyons que la fixation qui vous en est présentée mérite toute votre confiance. (...)

La responsabilité des ministres est, pour la régularité de l'emploi des fonds dont ils sont les ordonnateurs, une garantie faite pour vous rassurer³⁸.

C'est au sujet de la liquidation de l'arriéré impérial que les préoccupations gestionnaires ont percé le plus vivement au travers des débats parlementaires³⁹. La

³⁷ ROSANVALLON Pierre, *L'État en France de 1789 à nos jours*, op. cit. (1990), p. 27 sq.

³⁸ MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860 : recueil complet des débats législatifs & politiques des chambres françaises imprimé par ordre du corps législatif*, Paris, Dupont, 1862-1913 (2^e série, 127 vol.), t. 12 (1868), p. 166 (Chambre des députés, séance du 22 juillet 1814).

³⁹ Les guerres de la sixième et septième coalition (1812-1814 & 1815) grevèrent sévèrement les finances publiques. L'une des principales préoccupations des ministres des finances après 1815 fut de solder le prix des fournitures militaires passées lors des guerres de l'Empire. Louis XVIII s'était solennellement engagé à respecter ces créances par sa déclaration dite de Saint-Ouen (2 mai 1814) – promesse confirmée par l'article 70 de la charte du 4 juin 1814. À cela s'ajoute le second traité de Paris (20 novembre 1815) qui,

question de savoir si la dynastie des BOURBONS devait payer les dettes contractées par un régime vu comme illégitime n'a pas seulement soulevé une difficulté d'ordre constitutionnel relativement à la continuité de l'État. Elle a également conduit les parlementaires à discuter des marchés de fournitures passés pour les armées napoléoniennes. Lors de la discussion du budget de 1815, le baron LOUIS pose le principe de la loyauté du gouvernement, indiquant par là qu'il s'agit d'une option parmi d'autres.

Nous n'avons suivi d'autres règles que celles de l'équité ; nous n'avons consulté d'autre code que celui de la justice ; tout notre art consiste dans une fidélité scrupuleuse. Nous avons proposé d'assujettir le gouvernement par sa propre volonté aux règles que les tribunaux contraignent les particuliers à respecter. Le Roi a pensé (...) que l'État ne devait pas faire usage de son autorité contre ses créanciers ; qu'un gouvernement ne doit pas user de sa force, au lieu d'obéir à ses devoirs⁴⁰.

La fidélité de l'État à ses engagements contractuels s'aperçoit comme un engagement volontaire du gouvernement au lieu d'être la conséquence nécessaire d'une obligation civile. Ce n'est pas que certains conçoivent ces marchés comme des conventions d'une nature *sui generis*. C'est la personne même de l'État qui fait s'interroger sur la force des engagements contractés par lui. La déclaration précitée sonne en effet comme une résolution unilatérale par laquelle le gouvernement se soumet libéralement à quoi il eût pu se soustraire⁴¹. Cynique au premier abord, ces propos traduisent une certaine conception des dettes publiques. Le paiement des fournitures est envisagé comme un passif contracté par la société à l'égard de certains de ses membres. Ces fournitures sont moins une créance ordinaire à l'instar de celles qui lient les particuliers entre eux, qu'une dette contractée par la société toute entière. Et quoi qu'ils rendent un service à l'État, ses créanciers ne doivent être désintéressés qu'autant que l'intérêt de la société ne s'en retrouve pas trop sévèrement obéré. Elle ne soulève pas la question suivante : « Que doit payer la société ? » ; mais plutôt celle-ci : « Que peut légitimement réclamer le créancier de la société ? ». Cette représentation des choses interroge ainsi le fait de savoir si les principes qui gouvernent les finances publiques doivent assimiler la rigueur du Droit. Quelques-uns militent pour l'affirmative, comme après les Cent-jours le comte DE SERRE qui se

après les Cent-Jours, condamne la France à supporter le coût de l'occupation du territoire métropolitain par les armées coalisées et à leur payer une indemnité de guerre équivalant peu ou prou aux revenus publics sur près d'un an.

⁴⁰ MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, t. 12 (1868), p. 539 (Chambre des députés, séance du 31 août 1814).

⁴¹ Le baron LOUIS précise encore cette idée : « *Il n'en pas d'un État comme d'un particulier ; l'un peut toujours être juste envers ses créanciers ; l'autre n'en a pas toujours les moyens. (...) Mais le crédit des particuliers est borné à la fois par leur puissance et par leur volonté ; les tribunaux donnent une garantie contre leur mauvaise volonté, mais il n'en existe aucune contre leur impuissance. Le gouvernement, au contraire, dont les moyens sont supérieurs à toutes ses dettes actuelles et possibles, ne peut trouver les bornes de son crédit que dans sa volonté ; il peut facilement parvenir à emprunter à des conditions plus favorables que les particuliers* » (*id.*, t. 12 (1868), p. 540 ; Chambre des députés, séance du 31 août 1814).

range auprès de la minorité ministérielle : « *Vous dira-t-on qu'il faut reléguer ces maximes étroites dans les écoles ou les tribunaux ; que la morale politique est autre que la morale privée ?* »⁴².

167. Pareillement la discussion du mode de paiement des fournitures indique l'état d'esprit ambiant : le désintéressement des fournisseurs n'est pas tant considéré comme un acte de justice qu'il n'est un acte de loyauté. Ainsi, d'après le député André DUFORT (majorité ministérielle) :

On ne doit pas raisonner de la position de l'État vis-à-vis de ses créanciers, comme on pourrait le faire d'un individu débiteur d'une créance qui ne serait pas susceptible de contestation. L'État fait ici un acte de loyauté, autant que de justice.

Si, dans une pareille hypothèse, des sacrifices sont nécessaires de part ou d'autre pour le mode du paiement, n'est-il pas plus naturel qu'ils soient faits par les créanciers membres de l'État, que par l'État, dont la loyauté peut déjà être considérée comme un sacrifice en lui-même ?⁴³

Les fournitures de l'État sont associées à une économie différente de celle qu'assujettit le droit commun. La loi n'est pas celle d'une obligation inaltérable, mais celle de la prédominance de l'intérêt général sur celui des créanciers – ou à tout le moins, une mise en balance. D'ailleurs, ceux qui défendent l'idée de désintéresser intégralement les fournisseurs ne s'en justifient pas en arguant du respect dû aux conventions tel que le consacre l'article 1134 du code civil. C'est plutôt dans un souci pragmatique d'économie : pour ne pas désespérer les fournisseurs en les contraignant à surévaluer leurs prestations ultérieures, voire à spéculer sur l'impécuniosité du gouvernement. « *L'État, qui n'inspire plus de confiance, se voit réduit à passer des marchés progressivement désavantageux* » prévient DELHORME, rapporteur de la commission des finances à la Chambre des députés⁴⁴. Quelques années plus tard, il sera classique pour CORMENIN de rappeler qu'« *un Gouvernement perd autant que les citoyens à s'éloigner de la justice, et qu'on trompe ses ruses comme sa violence* ».

Des spéculateurs sans foi et sans solvabilité (...) stipulent des prix très-élevés pour s'indemniser d'avance, non-seulement des pertes éventuelles de la liquidation, mais même des périls imaginaires qu'ils redoutent d'une autorité à-la-fois juge et partie⁴⁵.

Articulée à l'idée du gouvernement représentatif, l'assainissement des finances publiques coïncide avec l'établissement d'un crédit public⁴⁶, c'est-à-dire une méthode

⁴² *Id.*, t. 16 (1869), p. 602 (Chambre des députés, séance du 18 mars 1816).

⁴³ *Id.*, t. 12 (1868), p. 523 (Chambre des députés, séance du 31 août 1814).

⁴⁴ *Id.*, t. 12 (1868), p. 394 (Chambre des députés, séance du 23 août 1814). Celui-ci continue : « *Le système de finances d'un gouvernement sage et régulier doit donc être fondé sur la loyauté et la justice la plus rigoureuse ; son intérêt et son honneur l'obligent d'oublier toujours qu'il dépend de lui d'imposer la loi qui lui plaît ; d'autant plus riche en conservant moins, que les valeurs qui s'échapperont de ses mains pour solder intégralement ses créanciers, y reviendront avec intérêts ; en renonçant aux avantages honteux de la banqueroute, il s'assurera les fruits précieux dont la confiance s'empressera de lui apporter les tributs* » (*id.*, p. 395).

⁴⁵ [CORMENIN Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État, comme conseil et comme juridiction...*, *op. cit.* (1818), p. 186.

⁴⁶ Ainsi d'après le député ROUX DE LABORIE (majorité) : « *Tout gouvernement représentatif a le crédit dont il a*

prophylactique pour parer à une gestion qui, à force de tromper les prévisions des fournisseurs, se révèle *in fine* dispendieuse pour l'État. L'idée de respecter les marchés est moins justifiée par le respect du code civil, que par la nécessité de gagner les fournisseurs à la confiance du gouvernement⁴⁷. Ainsi, suivant le duc de LA VAUGUYON – membre de la chambre des pairs :

Ce sont ces principes d'une justice éclairée qui peuvent seuls maintenir l'ordre général, et perpétuer la possibilité d'une constante et fondamentale économie, en assurant le pouvoir et le moyen d'ordonner la plus stricte régularité dans tous les marchés administratifs. (...) Ce n'est aujourd'hui qu'en soldant (...) l'intégralité de ces marchés convenus, quelque onéreux qu'ils soient, qu'on peut espérer d'en faire de convenables à l'avenir⁴⁸.

En somme, les marchés de fournitures sont appréhendés à l'aune des finances publiques, vecteur d'une rationalité gestionnaire insufflée par le souci d'une économie maîtrisée.

Paragraphe 2. – De l'assimilation d'une rationalité gestionnaire par les universitaires à une nouvelle représentation du droit administratif

168. Une discipline gestionnaire mise en discours par le baron de GÉRANDO. – Les *Institutes du droit administratif* de GÉRANDO sont fidèles à cette conception. Nous pouvons y lire la même préoccupation en faveur d'une gestion économe. La correspondance avec la rigueur du droit civil est autant réclamée par esprit de système que par intérêt – un intérêt mesuré. Résumant la matière des fournitures, il y tint ces propos :

Le droit administratif saisit dans ces règles les conditions principales qui offrent, ou à l'administration la *garantie* d'un bon service et d'une exactitude indispensable ; ou aux particuliers qui traitent avec elle, la *garantie*

besoin ; et cela sort de la nature des choses, parce qu'il a nécessairement, et il mérite par cela seul qu'il est représentatif, la réputation d'être probe, exact et solvable. Il est solvable, puisqu'une balance sévère est établie chaque année dans ses recettes et ses dépenses ; il est exact, parce que la publicité des comptes administratifs est le garant de l'exactitude ; il est honnête, probe, loyal, parce que quatre cents hommes indépendants par leur fortune, l'élite de leurs concitoyens, offrant tous les genres de responsabilité, ne quittent pas leurs affaires, et ne donnent pas pendant plusieurs années la moitié de leur vie au service public, pour venir ici faire des injustices ; ils font les affaires de l'État comme leurs propres » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires...*, *op. cit.*, t. 16 (1869), p. 607 ; Chambre des députés, séance du 18 mars 1816).

⁴⁷ Ainsi d'après Barthélemy-Albin-Fleury DELHORME, rapporteur de la commission des finances de la Chambre des députés : « *Le crédit est une opinion favorable qu'un gouvernement, sous le rapport de sa loyauté et de ses moyens, inspire aux propriétaires et aux capitalistes. Pour l'obtenir, il faut, d'une part, présenter toujours une situation financière claire et bien organisée, et, d'autre part, remplir les engagements de l'État avec la fidélité la plus scrupuleuse* » (*id.*, t. 12 (1868), p. 394 ; Chambre des députés, séance du 23 août 1814).

⁴⁸ *Id.*, t. 12 (1868), p. 660 (Chambre des pairs, séance du 20 septembre 1814).

d'être traités avec cette *équité* qui est à la fois le *devoir* comme le *premier intérêt* du Gouvernement lui-même⁴⁹.

Les articles que cet auteur développe à leur sujet poursuivent la même ambition. Il indique précisément aux agents de l'administration les stipulations essentielles dont le défaut pourrait profiter aux fournisseurs⁵⁰ ; il donne à la procédure d'adjudication toutes les précisions qui permettent de s'assurer de sa régularité, c'est-à-dire d'avoir l'assurance que les intérêts de l'administration ne soient pas négligés⁵¹ ; il clarifie les obligations des fournisseurs afin d'éveiller l'administrateur sur ses devoirs, de sorte que leur inexpérience ne soit pas tournée au profit de ceux-là⁵². Ces remarques valent également pour les marchés de travaux publics⁵³. Ces soins minutieux nous convainquent que GÉRANDO n'est pas seulement mu par le désir de divulguer pauvrement le droit administratif⁵⁴. Ses efforts tendent à s'assurer que les fournitures soient dans la pratique régulièrement exécutées. C'est-à-dire qu'elles soient conformes à toutes les précautions que les règlements prescrivent tant aux agents de l'administration qu'aux fournisseurs. Il s'agit moins de déterminer les obligations réciproques entre les parties contractantes et, ce faisant, de dégager des principes généraux à l'exécution de ces marchés⁵⁵, que, par le biais d'une méthode pointilleuse, de préciser les normes sans lesquelles le personnel administratif est, par sa négligence, susceptible de compromettre les droits de l'administration – c'est-à-dire *in fine* les finances publiques. Les auteurs qui ont critiqué les *Institutes du droit administratif* comme une compilation fastidieuse ont peut-être négligé de cerner l'esprit avec lequel GÉRANDO les a entreprises. Et particulièrement s'agissant des marchés de l'administration, ils ont manqué de souligner ce qui l'a conduit dans ses recherches. Savoir : dégager l'assise juridique d'une régularité gestionnaire. C'est-à-dire avec la publicité des règles, leur conférer un caractère plus systématique en militant pour un respect plus appliqué. Il travaille par cela même à faire de la gestion un objet sur lequel l'emprise juridique puisse corriger les écarts dont les administrateurs peuvent se rendre responsables par ignorance ou par insouciance – autrement dit tous ces comportements dont la répétition a un coût pour l'administration⁵⁶. En somme, il

⁴⁹ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1829), p. 57 (c'est nous qui soulignons).

⁵⁰ *Id.*, t. 4 (1830), p. 367 *sq.*

⁵¹ *Id.*, p. 369 *sq.*

⁵² *Id.*, p. 368-369 & p. 371 *sq.*

⁵³ *Id.*, p. 249 *sq.*

⁵⁴ Dans l'article précité du professeur BERLIA, celui-ci y écrit que la doctrine de GÉRANDO est une « doctrine *plutôt pauvre* » où s'y trouvent des « *travaux assez justement oubliés aujourd'hui* » (« L'œuvre juridique de GÉRANDO », in *R.D.P.* 1942, p. 296).

⁵⁵ Le professeur PLESSIX l'a justement remarqué à cet égard. Pas plus dans les *Institutes du droit administratif* de GÉRANDO que dans les ouvrages qui ont suivi durant le XIX^e siècle, nous ne trouvons aucune « *formulation de principes généraux du droit des contrats publics* » (*L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 726).

⁵⁶ Cela ne signifie pas que sous l'Empire par exemple, cette dimension eût été occultée. Selon les

participe à policer la gestion de l'administration pour en accroître l'efficacité. Ainsi sont rapprochés comme deux termes solidaires et indissociables : la promotion d'une pratique administrative rigoureuse par les agents administratifs et l'exhortation à une fidélité consciencieuse dans l'exécution des marchés du gouvernement. Le souci d'une intendance exacte répond à une prévention calculée qui puisse favoriser l'assise du crédit public et par là alléger le fonctionnement de l'administration du coût dispendieux attaché à toute gestion chaotique. Si l'objet de ses *Institutes du droit administratif* le conduit à s'intéresser davantage aux règles qui enserrent les actes de gestion des administrateurs, il n'en embrasse pas moins toute la marche administrative – des agents administratifs qui passent les adjudications et les exécutent, jusqu'aux ministres qui les commandent et en ordonnent la liquidation – en militant partout en faveur d'une *gestion rationnelle* par le biais d'une *administration régulière*.

169. En accompagnant les évolutions d'ordre constitutionnel et parlementaire, d'aucuns ont modifié leur représentation du droit administratif. Avec en première place les *Institutes du droit administratif* de GÉRANDO, la littérature administrative témoigna d'un intérêt plus vif pour les ressorts gestionnaires de l'administration. Si les contrats de l'administration y tiennent une plus grande place que dans les ouvrages de droit administratif antérieurs, cela tient moins à un progrès de la matière qu'à cette appréhension – vecteur de l'efficacité administrative. La manière dont ceux-ci sont traités permet de saisir d'après quel point de vue ils ont été conçus. Ce n'est pas tant comme aujourd'hui des actes dont il s'est agi de définir le régime juridique afin de délimiter les obligations et les droits des contractants. Il s'agit plutôt de préciser, à l'occasion de l'activité contractuelle de l'administration, une régularité gestionnaire qui pût en contenir le coût dans des proportions raisonnables. C'est en ce sens que le droit administratif a évolué dans la représentation que s'en sont faits les administrativistes à partir des années 1820. En ce sens – le professeur GUGLIELMI :

De nombreux juristes du début du XIX^e siècle écrivent non seulement pour améliorer la connaissance des mécanismes juridiques de l'époque, mais aussi pour argumenter, soutenir et légitimer des vues dépassant la sphère de la pure technique juridique⁵⁷.

Selon le même, le début du XIX^e siècle a connu « *les prémices d'une "contrainte gestionnaire"* », si bien que les administrativistes se sont efforcés « *d'insérer la logique*

professeurs THUILLIER & TULARD, NAPOLÉON I^{er} a été soucieux de l'efficacité de l'action administrative et s'est préoccupé de son rendement (*Histoire de l'administration française, op. cit.* (1^{re} éd., 1984), p. 26 – ces auteurs renvoient à un article de Gabriel ARDANT : « NAPOLÉON et le rendement des services publics », in *Revue de défense nationale* 1953, n° 106, p. 166). C'est également l'opinion du professeur BURDEAU (*Histoire de l'administration française, du 18^e au 20^e siècle*, Paris, Montchrestien, 1994 (2^e éd.), p. 100 *sq.*).

⁵⁷ GUGLIELMI Gilles-J., « L'émergence d'une rationalité gestionnaire dans les théories du droit administratif au début du XIX^e siècle », in [collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques...*, *op. cit.* (2010), p. 255.

gestionnaire dans le fonctionnement de l'État et dans l'argumentation du discours de droit administratif, et de tendre ainsi à une certaine rationalité»⁵⁸. En somme, il serait excessif d'accuser la doctrine administrative de n'avoir entrepris aucune réflexion autour des contrats de l'administration. Seulement, son approche de la question a été assez différente de la nôtre. Loin de s'être attachés à une nomenclature placide et sans envergure, les administrativistes du premier XIX^e siècle ont donné à leurs traités un plan qui nous paraît traduire une intelligence certaine de la matière. Telle est pourtant l'opinion développée par le professeur PLESSIX⁵⁹. Il s'est interrogé sur l'absence – au XIX^e siècle – d'une théorie des contrats de l'administration. « *Sur un plan formel, la matière des contrats de l'Administration est systématiquement dispersée* »⁶⁰, pour conclure après une démonstration à « *l'inexistence manifeste d'une quelconque science du droit des contrats administratifs* »⁶¹. Et celui-ci de l'expliquer par « *l'attachement de tous les auteurs du XIX^e siècle aux procédés formels d'élaboration scientifique du droit administratif, c'est-à-dire aux méthodes des juristes de l'Ancien Régime héritées de la tradition scolastique* » ; par « *la méthode du répertoire* » singulièrement inappropriée aux synthèses ; enfin, par cette hypothèse suivant laquelle « *les publicistes du XIX^e siècle n'ont pris conscience que des droits et des devoirs de l'État souverain, que de l'ordre objectif des institutions* », si bien que les relations contractuelles de l'administration, ne pouvant « *illustrer de façon pertinente l'exercice de la puissance au sein de l'État* »⁶², s'en sont trouvées négligées. Nous ne contestons pas l'absence d'une théorie des contrats de l'administration dans la littérature administrative du XIX^e siècle. Ainsi les contrats de l'administration n'ont pas été pensés pour eux-mêmes, au travers d'une problématique qui permît de s'en représenter l'homogénéité. Ils n'en ont pas moins été mobilisés à composer une représentation *doctrinale* du droit administratif. Sans nul doute, cela n'a pas conduit les administrativistes à leur désigner des principes communs à tous. Mais envisager l'homogénéité des contrats de l'administration (sinon des contrats administratifs) n'est pas une hypothèse qui s'impose à l'évidence.

- 170. Les contrats de l'administration saisis à travers le prisme d'une rationalité gestionnaire.** – Dans la première édition de ses *Institutes du droit administratif*, le baron de GÉRANDO explicite les divisions autour desquels il organise sa partie sur la gestion économique de l'administration. Les marchés de l'administration s'y voient assigner une place qui ne doit rien au hasard de l'énumération. Aussi distingue-t-il selon le mode d'administration employé pour tel ou tel objet : 1^o les revenus domaniaux, entièrement soumis au droit commun, nonobstant « *quelques exceptions introduites en*

⁵⁸ *Id.*, p. 253-255.

⁵⁹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.* (2003), p. 723 *sq.*

⁶⁰ *Id.*, p. 727.

⁶¹ *Id.*, p. 731.

⁶² *Id.*, p. 732-733.

faveur [de l'État] *par les lois, relativement aux formes de procéder* » ; 2° les impôts, dont la singularité ne doit pas nous arrêter ; 3° les marchés de fournitures et de travaux publics, qui, sans jamais cesser d'être des conventions à l'instar des baux administratifs, placent néanmoins les contractants « *dans une situation spéciale* » vis-à-vis de l'État⁶³. Tantôt celui-ci se meut comme une personne privée ; tantôt il participe d'un rôle constitutionnel auquel l'oblige la Loi⁶⁴ ; tantôt encore il administre à proprement parler. C'est-à-dire qu'il actionne les services publics en les pourvoyant du nécessaire. Ou suivant une expression plus souvent usitée, il procure aux services publics. Si le baron de GÉRANDO arrange son plan dans la seconde édition de ses *Institutes*, le cadre général en est identique ; il l'explicite même un peu plus. Les services publics sont autant de charges dont l'État doit s'acquitter ; autant de devoirs auxquels correspondent des prérogatives qui lui permettent d'y pourvoir :

Un premier ordre de services publics, qui sert d'instrument à tous les autres, parce qu'il leur prépare les ressources nécessaires, comprend la gestion économique des revenus de l'État et le maniement des deniers publics. (...)

Un second ordre de services publics comprend l'emploi des revenus de l'État, c'est-à-dire, les dépenses, soit du matériel, soit du personnel. En disposant de la fortune publique, il tend à l'employer de la manière la plus économique, mais aussi de la manière la plus utile, en appliquant ces dépenses à la destination d'utilité générale qui leur est assignée⁶⁵.

La nature de chacun de ces contrats – baux, marchés, *etc.* – importe peu à GÉRANDO car il ne s'aventure pas à en déterminer le régime juridique, c'est-à-dire à établir les droits et les obligations des parties respectives. Ses intentions ont plutôt été celles d'organiser les normes textuelles au travers d'une cohérence qui en fit apparaître l'unité. Lorsque par exemple il envisage les baux administratifs, il prend un point de vue qui place l'administration au centre de son attention. Il appréhende avant tout les difficultés qui à cette occasion peuvent affliger la chose publique. Les règles qui y sont afférentes « *ont, écrit-il, pour but la conservation du patrimoine public* »⁶⁶. Il en caractérise l'esprit en soulignant la suspicion qu'il manifeste pour les administrateurs. Car elles « *sont [toujours] imitées de celles qui régissent l'administration des biens des mineurs* ». Le premier article à ce chapitre y fait particulièrement écho : « *L'administration ne peut régir par elle-même ou par des préposés quelconques, aucun des biens du domaine* »⁶⁷. Dans un article paru à l'occurrence « Administration » dans le dictionnaire de PAILLIET, il s'en explique un peu plus :

⁶³ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 3 (1830), p. 379.

⁶⁴ « *En les [les impôts] acquittant, les particuliers remplissent un ordre d'obligations imposé par la loi ; en les recouvrant, l'État exerce un droit, accomplit un devoir* » (*ibid.*).

⁶⁵ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 3 (1842), p. 161-162.

⁶⁶ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 3 (1830), p. 386.

⁶⁷ *Id.*, p. 387.

Il y a (...) une vérité démontrée par l'expérience, c'est que l'industrie privée est beaucoup plus habile à exploiter des domaines ordinaires que l'administration publique ; elle les fait mieux fructifier, elle y porte plus d'économie⁶⁸.

171. GÉRANDO emprunte une approche dont le biais est parfaitement assumé. Les droits des fermiers ne l'intéressent qu'autant qu'ils traduisent un équilibre entre la libre disposition par l'État de ses biens et la sécurité nécessaire au fermier. L'idée étant que la paisible jouissance se traduit par une exploitation plus ingénieuse et donc plus fructueuse pour l'État. Les normes relatives aux différentes formes d'adjudication saisissent une préoccupation similaire : obliger l'administration à choisir l'adjudicataire le plus avantageux pour les ressources publiques. Ce indépendamment de toutes autres considérations qui, en introduisant un désordre dans l'ordre économique de l'administration, sanctionneraient des mobiles immoraux et propagerait une dégénérescence de l'ordre administratif. En somme, les baux y sont seulement envisagés comme une source de revenus et, corrélativement, comme une cause de dilapidation et de corruption pour l'administration, dont il s'agit de borner intelligemment le pouvoir discrétionnaire. L'agencement des normes qui s'y rapportent tend à garantir à l'État un bénéfice régulier et une conservation intégrale du bien mis en ferme ; ainsi qu'à astreindre les administrateurs à une gestion désintéressée. Il l'écrit sans ambages dans des propos introductifs :

Les propriétés productives et susceptibles d'exploitation fructifiant toujours beaucoup mieux sous la main de l'industrie privée, la location est préférable au système de la régie pour tous les biens de cette nature qui restent en la possession de l'État. Mais les intérêts de la propriété publique étant moins bien défendus, moins surveillés que ceux de la propriété privée parce qu'ils n'ont point le même garant dans l'activité des intérêts personnels, les lois ont dû encore ici instituer des précautions spéciales⁶⁹.

Nous sommes d'autant plus déterminé dans cette analyse que GÉRANDO n'est pas le seul à déployer ces préoccupations d'ordre gestionnaire. Il le fait ici comme enseignant ; d'autres s'y sont pris comme administrateur, tel le ministre de l'intérieur MARTIGNAC, dans un rapport adressé au roi à propos des travaux publics civils.

Un particulier qui emploie des fonds qui lui appartiennent, qui ne doit compte qu'à lui-même des opérations qu'il entreprend, peut à son gré déléguer sa confiance ; il s'adresse aux personnes qui lui sont désignées par la réputation, ou qui acceptent de sa part les prix qui lui conviennent. Mais une administration publique n'est pas dans la même position : il ne lui suffit

⁶⁸ GÉRANDO Joseph-Marie (de), « Administration », in PAILLIET Jean-Baptiste-Joseph (dir.), *Dictionnaire universel de droit français, contenant la refonte totale et abrégée des glossaires, lexiques, dictionnaires, répertoires de droit, anciens et nouveaux ; de tous les recueils de lois et réglemens, antérieurs et postérieurs à 1789 ; de toutes les compilations d'arrêts ; de tous les traités et commentaires, etc. ; embrassant toutes les parties de la science des lois, et, particulièrement, sur chaque mot, l'histoire du Droit ancien et du Droit intermédiaire, des rapprochemens avec la législation des peuples étrangers, le texte des lois et réglemens actuellement obligatoires en France, la jurisprudence du Conseil-d'État, de la Cour de cassation, des Cours royales et des Auteurs, etc.*, Paris, Tournachon-Molin, 1825-1827 (5 vol.), t. 2 (1825), p. 418.

⁶⁹ *Id.*, p. 419.

pas de bien faire ; il faut encore qu'elle puisse prouver à chaque instant qu'elle n'a rien négligé pour assurer tout à la fois la solidité des ouvrages et l'économie des dépenses. De là dérive la nécessité d'interdire aux administrateurs la faculté de recevoir, sauf dans quelques cas exceptionnels, des soumissions isolées et sans concours. Ce mode ouvre carrière aux abus : il suppose des hommes exempts d'erreurs et de passions ; et d'ailleurs il peut faire naître des préventions fâcheuses qu'il est essentiel d'écarter⁷⁰.

172. Si les concessions s'inscrivent souvent dans la même problématique, elles se compliquent d'un autre aspect : celui de la police de la conservation. C'est ce qui convainc le baron de GÉRANDO de traiter des concessions dans des parties relatives à la police. Plus spécialement sous la voirie (concessions de chemin de fer⁷¹) ; les eaux (concession pour la construction de canaux⁷², concession pour la construction d'établissements sur les rivières flottables et navigables⁷³, concession de lais et relais⁷⁴, concession de dessèchement des marais⁷⁵) ; enfin les mines⁷⁶. C'est d'une manière très elliptique qu'il évoque les concessions comme mode d'aliénation du domaine public⁷⁷. Il élude encore les concessions de travaux publics qui – c'est là notre hypothèse – paraissent l'indifférer tant elles ne concernent que le mode de rémunération de l'entrepreneur. Seule lui importe la distinction entre l'entreprise et la régie, chacune déployant un corps de règles spécifiques quant à l'esprit qui les gouverne. En somme, les concessions envisagées par GÉRANDO sont essentiellement celles qui correspondent à un procédé de police et/ou de mise en valeur du territoire *via* l'initiative privée⁷⁸. Ailleurs que dans ses *Institutes du droit administratif*, il souligne pourtant les avantages financiers de l'État auxquels sont attachées les concessions de travaux publics. « On ne peut trop désirer de voir multiplier de semblables traités qui associent l'industrie particulière à la gestion publique et multiplient admirablement les ressources de l'État »⁷⁹ par l'édification d'ouvrages utiles aux citoyens. Ils s'inscrivent dans une perspective consacrée aux modes de gestion – à la convergence d'une administration efficiente et d'un administrateur probe.

⁷⁰ MARTIGNAC Jean-Baptiste (SYLVÈRE GAYE de), « Rapport fait au roi sur les routes » (*in Moniteur universel* 1829 (16 mai), n° 136, p. 752) et précédant l'ordonnance du 10 mai 1829 (*Bulletin des lois* 1829 (291), n° 11098).

⁷¹ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 3 (1830), p. 15-16.

⁷² *Id.*, p. 72-73.

⁷³ *Id.*, p. 73 *sq.*

⁷⁴ *Id.*, p. 102 *sq.*

⁷⁵ *Id.*, p. 110 *sq.*

⁷⁶ *Id.*, p. 132 *sq.*

⁷⁷ *Id.*, p. 384.

⁷⁸ Cf. un point de vue similaire, exprimé par LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELAMARRE : ils opposent également les concessions comme autorisation de police et le contrat de concession comme mode d'exécution des travaux publics (*Dictionnaire de droit public et administratif, contenant l'esprit des lois administratives et des ordonnances réglementaires, l'analyse des circulaires ministérielles, la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur le contentieux de l'administration, les opinions comparées des auteurs sur les mêmes matières*, etc., etc., Paris, Joubert, 1836-1837 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. 277 ; v° Concession).

⁷⁹ GÉRANDO Joseph-Marie (de), « Administration », *in* PAILLIET Jean-Baptiste-Joseph (dir.), *Dictionnaire universel de droit français...*, *op. cit.*, t. 2 (1826), p. 417-418.

Comme autorité l'administration publique ordonne, elle oblige les citoyens ; comme gestion elle dispose des choses et opère en ordonnant à ses propres agens.

La distinction est fondamentale, cependant elle n'est point absolue, car c'est toujours d'une gestion publique que dérive une autorité publique et du devoir de procurer que dérive le droit de commander. En effet certaines gestions publiques, ne peuvent avoir lieu qu'à l'aide de l'autorité ; elles sont la sûreté, la salubrité, quelquefois les approvisionnements, la police des marchés ; mais il est une certaine portion d'intérêt publics qui n'a pas besoin d'être unie et confondue avec l'autorité pour en emprunter les moyens d'action. C'est celle que nous appelons *gestion simple*.

Alors quoique l'administration gère encore des intérêts publics elle est vis-à-vis des citoyens comme une personne privée (art. 768 du code civil), elle n'exerce plus de juridiction ; elle prépare, produit, conserve, répare ; elle donne, reçoit, échange ; elle acquière, aliène, loue, emprunte.

Il est certaines matières dans lesquelles la gestion qui s'opère par voie d'autorité se montre presque seule ; comme dans le recrutement. Il en est d'autres où la gestion simple se montre au contraire isolée ; tel est le domaine proprement dit ; enfin il en est dans lesquelles les deux modes se compliquent et se produisent tout à tour. (...)

C'est surtout en ce qui concerne les travaux publics que cette complication a lieu⁸⁰.

GÉRANDO ne s'attache pas à présenter dans ses *Institutes du droit administratif* les différents modes de gestion administrative sous une nomenclature donnée. Tout au contraire, il emprunte cette idée de gestion pour organiser les différents ministères de l'administration publique.

- 173. La formalisation par FOUcart d'une représentation du droit administratif déterminée par des préoccupations gestionnaires.** – Cette approche méthodologique n'est pas propre à GÉRANDO. FOUcart y adhère également⁸¹. Dans la première édition de ses *Éléments de droit public et administratif*, la gestion domaniale est placée dans la première partie⁸² – relative au droit politique –, les marchés l'étant dans la deuxième – relative au droit administratif, dans deux chapitres distincts. L'auteur modifie sensiblement son plan dans la deuxième édition⁸³, traduisant une

⁸⁰ *Id.*, p. 415.

⁸¹ Nous savons que FOUcart a assisté aux cours de GÉRANDO, dispensés à la fin de l'année universitaire 1819-1820, alors même que, déjà licencié, rien ne l'y obligeait. De même le professeur TOUZEIL-DIVINA à qui nous devons cette information, ajoute que FOUcart, « *remarqué alors par son professeur, [avait été] présenté à ROYER-COLLARD, DUPIN AÎNÉ, ainsi qu'au président HENRION DE PANSEY pour lequel il rédigea la dernière édition de son pouvoir municipal* » (*Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860)*, Poitiers, Université de Poitiers, 2007, p. 487 & 520).

⁸² Ceci sous le titre : « Biens et revenus de l'État ».

⁸³ Il s'en explique quelque peu dès la première édition : « *Cette distinction [celle entre le droit politique, qui fait l'objet de la première partie, et le droit administratif, qui fait l'objet de la deuxième], qui paraît si nette dans la théorie, ne l'est pas autant dans l'application ; plus d'une fois, nous nous sommes vu entraîner, par la connexité des matières, à traiter dans la première partie des sujets qui auraient peut-être été plus régulièrement placés dans la seconde, et cette seconde partie en contiendra quelques-uns qui auraient pu trouver place dans la première. Mais la nécessité d'éviter les redites et de ne pas trop multiplier les divisions, l'avantage du rapprochement de certaines matières qui ont des points de contact importants, nous ont déterminé à sacrifier quelquefois notre plan à la brièveté et à la clarté de l'exposition* » (*Éléments*

évolution doctrinale qui laisse supposer une réflexion mûrie par ses enseignements⁸⁴. La gestion domaniale y est alors introduite sous un chapitre consacré à la fortune publique, rapprochée en cela des travaux publics et des marchés de fournitures.

La fortune publique se compose de biens meubles et immeubles, de contributions et de taxes de différentes natures ; nous ferons connaître les éléments dont elle se compose et les règles qui s'appliquent à sa gestion⁸⁵.

À l'instar de GÉRANDO, la fortune publique côtoie la voirie et le régime des eaux qui caractérisent les deux principaux domaines dans lesquels s'exerce la police administrative. Par contraste, les modes de gestion sont rapprochés les uns des autres pour leur désigner une cohérence. C'est-à-dire pour orienter la compréhension des normes y afférentes en leur conférant une valeur spécifique – susceptible de traduire une rationalité gestionnaire. Avec le baron de GÉRANDO, cet auteur fait montre d'une démarche éclairée, par quoi il présente le droit administratif par son caractère essentiel. Savoir « *la gestion des intérêts collectifs en vue du bien-être social* »⁸⁶. Cette approche est si différente de la nôtre qu'elle conduit inéluctablement à exposer les normes d'un point de vue spécifique. Il s'agit de conserver à l'administration une maîtrise sur l'action administrative, lorsqu'un particulier y concourt par voie de contrat. Il s'agit encore de s'assurer que l'administration assume son office au lieu de compromettre ses prérogatives pour servir indûment des intérêts privés. FOUCAULT est d'autant plus invité en ce sens qu'entre la première et la deuxième édition de ses *Éléments*, une norme essentielle a significativement corroboré la pertinence de cette approche. Il s'agit de l'ordonnance du 4 décembre 1836, organisant la procédure de passation des marchés de l'État⁸⁷. Celle-ci a été prise sur le fondement d'une habilitation du législateur faite en 1833⁸⁸. Les débats parlementaires sont édifiants pour appréhender l'état d'esprit dans lequel ces procédures ont été conçues. Si FOUCAULT indique laconiquement que cette mesure fut destinée à « *écarter les abus qui pourraient résulter*

de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif, avec l'indication des lois à l'appui ; suivis d'un appendice contenant le texte des principales lois de droit public, Paris, Videcoq, 1834-1835 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 1).

⁸⁴ Cf. la présentation faite par le professeur TOUZEIL-DIVINA des différentes éditions de cet ouvrage (*Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCAULT (1799-1860)*, à paraître, p. 28 sq.).

⁸⁵ FOUCAULT Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui ; suivis d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public*, Paris, Videcoq, 1839 (2^e éd., 3 vol.), t. 2, p. 3.

⁸⁶ *Id.*, p. 1.

⁸⁷ Ordonnance du 4 décembre 1836 (*Bulletin des lois* 1836 (470), n° 6606). Cette ordonnance fut prise sur le rapport du ministre des finances, ce qui indique suffisamment selon quel esprit elle fut conçue.

⁸⁸ Loi du 31 janvier 1833, portant règlement définitif du budget de l'exercice 1829 (*Bulletin des lois* 1833 (83), n° 190). Son article 12 dispose que : « *Une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement. Il sera fourni chaque année aux deux Chambres un état sommaire de tous les marchés de 50,000 francs et au-dessus, passés dans le courant de l'année déchuë. Les marchés inférieurs à cette somme, mais qui s'élèveraient ensemble pour des objets de même nature à 50,000 francs et au-dessus, seront portés sur ledit état. Cet état indiquera le nom et le domicile des parties contractantes, la durée, la nature et les principales conditions du contrat* ».

d'une trop grande latitude laissée à l'administration»⁸⁹, ces débats permettent de se représenter plus précisément les intentions dont procède cette ordonnance et, partant, de concevoir comment les contemporains – comme GÉRANDO & FOUCART – l'ont assimilée.

⁸⁹ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 2 (1839), p. 204-205.

Section 2. – Les marchés de l'État saisis à travers le prisme d'une rationalité gestionnaire : la loi de 1833 relative à leur passation

174. Il nous faut tout d'abord présenter les termes dans lesquels la loi précitée de 1833 a été débattue (**paragraphe 1**), avant d'en expliciter la conflictualité entre deux manières de se représenter une gestion régulière de l'administration (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – La passation des marchés de l'État prise par la Loi : l'adoption disputée d'une loi équivoque

175. **L'expression de préoccupations gestionnaires *via* la genèse parlementaire des procédures d'adjudication des marchés de l'État.** – De 1831 à 1833, le député Jean-Marie DUBOIS-AYMÉ (ancien polytechnicien et ingénieur de l'administration des ponts-et-chaussées) milita pour faire adopter un amendement tendant à ce que l'administration fût soumise à la publicité et la mise en concurrence pour la passation de ses marchés⁹⁰. S'il est vraisemblable que son expérience d'administrateur l'ait poussé en ce sens, il ne faut pas s'imaginer que cette idée fut initiée par un seul⁹¹. Déjà appliquées dans certains ministères comme celui de la Marine, ces modalités d'adjudication avait été ponctuellement mises en place. Aussi DUBOIS-AYMÉ propose-t-il la généralisation du principe de concurrence et de publicité à l'ensemble de l'administration. Cette initiative fut longtemps confrontée aux réticences de la Chambre des pairs – le Gouvernement préférant quant à lui l'inertie. Tactiques parlementaires, débats constitutionnels et financiers : ces aspects ne sont pas ceux qui nous importent. Seuls nous intéressent les arguments qui soutiennent l'opportunité de la mesure. Les motifs de DUBOIS-AYMÉ sont assez similaires à ceux que nous avons cru pouvoir dégager sous la plume de GÉRANDO : introduire plus de régularité dans l'action administrative et soumettre les agents administratifs à une plus ferme

⁹⁰ Cf. sur ce sujet (dans l'ordre chronologique) un article du professeur ALBERT : « L'institution d'un droit moderne de la commande publique au XIX^e siècle en France » (*in* [collectif], *Mélanges en hommage à Bernard VONGLIS*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 3) ; – deux articles de M^{me} LEMESLE : « Réglementer l'achat public en France (XVIII^e-XIX^e siècle) » (*in Genèses* 2010, n^o 80, p. 8) & « Concurrence et publicité pour tous les marchés publics ? De la naissance d'un principe à sa mise en application dans la France du XIX^e siècle » (*in* [collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques : élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX^e siècle (1815-1914)*, *op. cit.* (2010), p. 191) ; – et cet article du professeur RICHER : « Une tradition : le caractère réglementaire du droit des marchés publics » (*in* [collectif], *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur de Étienne FATÔME*, Paris, Dalloz, 2011, p. 411).

⁹¹ DUBOIS-AYMÉ le souligne de manière avisée. Pour être à l'initiative de cet amendement, il ne fait que traduire des vœux diffus : « Je sais, de bonne part, que depuis longtemps la cour des comptes, à la vue des marchés dont elle examine les pièces, désire, dans l'intérêt des contribuables et de la morale publique, que les marchés soient passés, sinon toujours avec concurrence, puisque cela n'est pas toujours possible, du moins alors avec publicité » (MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, t. 74 (1890), p. 761 ; Chambre des députés, séance du 4 février 1832).

probité⁹². Autrement dit l'efficacité de l'action administrative est pensée en termes d'une gestion efficiente, de sorte que les moyens soient strictement proportionnés aux besoins.

Il ne suffit pas d'avoir un système de comptabilité qui fasse, ainsi que nous l'a dit un des conseillers de la couronne, l'admiration de l'étranger, il y a autre chose à introduire dans notre administration : tout ne s'y résout pas par des chiffres. Ce qui y manque, ce qu'il y faut, ce sont des garanties morales et des garanties de savoir et de probité⁹³.

Ce que dénonce DUBOIS-AYMÉ, c'est la concussion que favorise la non-publicité des marchés de l'administration. « *La publicité suffira presque toujours pour mettre fin à ces marchés que le public a flétris du nom de marchés passés sous le manteau de la cheminée, manteau qui n'a que trop souvent recouvert de honteuses friponneries* »⁹⁴. Allusion elliptique aux scandales financiers qui ont terni assez tôt la Monarchie de Juillet, comme celui des « fusils GISQUET ». Une autre fois, celui-ci fait référence à la rénovation de la salle des séances du Palais Bourbon alors en cours, et dont les bruits du chantier parvenaient jusqu'aux députés qui siégeaient à quelques pas de là⁹⁵. Car son montant dépassa de beaucoup les prévisions – au scandale de certains députés⁹⁶.

⁹² C'est suivant ce point de vue que VIVIEN traite de l'ordonnance du 4 décembre 1836 : « *Il y a (...) cette différence entre un particulier stipulant pour lui-même et l'administrateur stipulant pour l'État, que le premier est convié par son intérêt personnel à exiger les meilleures conditions, à débattre rigoureusement celles qui lui sont proposées, à ne faire aucune concession non compensée, tandis que l'autre, par négligence, par complaisance, si ce n'est par collusion, peut donner les mains à des arrangements qui ne sont onéreux qu'au public. D'un autre côté, la bonne renommée de l'administration fait partie de cet ascendant moral, qui est sa principale force ; et s'il importe qu'elle ne faillisse point, il n'importe pas moins peut-être qu'elle ne soit jamais accusée, soupçonnée même d'avoir failli. Ces graves considérations ont fait admettre, à l'égard des marchés passés par le gouvernement, une règle qu'on a considérée à la fois comme une garantie de la fortune publique et de la réputation des administrateurs. Ces marchés doivent être faits avec publicité et concurrence ; la publicité appelle les offres, la concurrence les fait entrer en lutte* » (*Études administratives*, Paris, Guillaumin & Cie, 1852 (2^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 336-337).

⁹³ MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, op. cit., t. 70 (1889), p. 158 (Chambre des députés, séance du 26 septembre 1831).

⁹⁴ *Id.*, t. 71 (1889), p. 753-754 (Chambre des députés, séance du 22 novembre 1831).

⁹⁵ Les députés délibéraient dans une salle appelée « Salle des bois » et aménagée dans le jardin des Quatre-colonnes pour la durée des travaux. Ils y siégèrent au cours des sessions de 1830 et 1831.

⁹⁶ « *Que le ministère et la Chambre songent qu'ici, sous notre toit, à côté de la salle où nous siégeons tous les jours, une autre salle s'élève, qui, par l'absence de toute publicité et de toute concurrence, a déjà absorbé 10 millions là où 3 ou 4 eussent suffi. Relisez, Messieurs, le rapport si affligeant et si lumineux que mon honorable ami ARAGO vous a lu, le 6 octobre dernier, au nom d'une de vos commissions, sur les abus sans nombre auxquels ont donné lieu les travaux de la salle nouvelle ; rappelez-vous la marche tortueuse par laquelle, en dissimulant les vrais devis, on vous a entraînés peu à peu à d'énormes dépenses, et dites-vous, à chaque coup de marteau que vous entendez d'ici, que si de pareils désordres se sont passés à Paris, sous vos propres yeux, combien d'effroyables abus, combien de marchés plus onéreux encore ont dû avoir lieu loin de vous* » (*id.*, t. 71 (1889), p. 754 ; Chambre des députés, séance du 22 novembre 1831). Dans le rapport du député ARAGO, son auteur y affirme vigoureusement : « *C'est aux Chambres, nous le répétons, à prescrire, pour l'avenir, des règles conservatrices des deniers publics, bien claires, bien positives, bien arrêtées, dont il soit, en un mot, impossible de s'écarter* » (*id.*, t. 70 (1889), p. 385 (Chambre des députés, séance du 6 octobre 1831).

176. Les deux ordres de considération – régularité de l'action administrative et probité des agents administratifs – sont représentés par notre orateur comme solidaires l'un l'autre :

[La publicité et la concurrence doit être pour le ministre] une obligation, il le faut dans son propre intérêt aussi bien que dans celui du pays. (...) Il ne suffit pas toujours de bien faire, il est encore nécessaire, et dans l'intérêt général de la société et dans l'intérêt particulier des agents du pays, que leurs actes soient à l'abri de tout soupçon, même de celui de simple négligence⁹⁷.

Dans un climat où le *credo* des parlementaires est la recherche d'économies, DUBOIS-AYMÉ dispute âprement l'enjeu des discussions. C'est surtout à la réforme de la gestion publique qu'il travaille *in fine*. Tandis que la comptabilité publique avait été l'objet d'une réforme substantielle dans les années 1820, il en pointe les limites. L'amélioration qu'il suggère renvoie à une nouvelle manière de penser les relations de l'État avec ses contractants.

Quelque bon que ce soit notre système de comptabilité, ce système se borne à constater ce qui est levé sur le pays, ce qui entre au Trésor et ce qui en sort, pour former les crédits des différents ministères. Mais les fonds sortis du Trésor, comment sont-ils employés ? Ne sont-ils employés qu'à des objets utiles ? Lors même que ces objets ne seraient pas indispensables, le travail n'est-il payé que sa véritable valeur ? Voilà ce que notre système de comptabilité ne peut pas atteindre ; et voilà pourquoi j'ai désiré voir introduire dans la loi une disposition qui pût assurer au moins que le travail fait, lors même que ce travail ne serait pas indispensable, ne sera pas payé au-dessus de sa véritable valeur⁹⁸.

S'il admet sans encombre que plusieurs ministères pratiquaient déjà la publicité et la mise en concurrence des marchés sans qu'ils y fussent contraints, DUBOIS-AYMÉ cherche à ériger ces usages en principe d'administration. « *La mesure que j'ai l'honneur de vous proposer d'adopter est déjà en usage dans plusieurs ministères ; mais il ne faut pas qu'elle dépende de la volonté d'un ministre* »⁹⁹. Un député favorable à l'amendement de DUBOIS-AYMÉ, Eusèbe de SALVERTE, amplifie cet aspect en mettant à nu l'approche engagée par son collègue : il ne faut pas assimiler l'administrateur à l'administration ; et la gestion de celui-là peut n'être pas toujours conforme aux intérêts de celle-ci. Par une comparaison avec les pouvoirs de tutelle exercés par l'État sur certaines institutions, il insiste pour entourer l'État de la même circonspection que celle qui justifie cette tutelle.

Toutes les fois qu'il s'agit de l'emploi des deniers des contribuables par les communes et par les départements, vous entourez chacun de leurs actes de précautions minutieuses, pour ainsi dire, mais très sages. Vous savez même qu'on se plaint de la rigueur de ces précautions, comme portant

⁹⁷ *Id.*, t. 71 (1889), p. 226 (Chambre des députés, séance du 29 septembre 1831).

⁹⁸ *Id.*, t. 78 (1891), p. 346 (Chambre des députés, séance du 21 décembre 1832).

⁹⁹ *Id.*, t. 70 (1889), p. 158 (Chambre des députés, séance du 26 septembre 1831).

quelque préjudice aux intérêts des communes et des départements, parce que c'est le gouvernement qui est exclusivement juge dans ces cas.

Et pour les actes que fait le gouvernement lui-même ; il faut pourtant qu'il y ait un moyen de contrôle qui correspondent aux précautions prises à l'égard des actes des départements et des communes. Cette précaution ne peut résulter que des adjudications avec concurrence et publicité¹⁰⁰.

En souhaitant ajouter à la responsabilité ministérielle une procédure de passation qui garantisse une gestion plus régulière, ces députés s'efforcent à penser pour l'administration publique des mécanismes prophylactiques. Ce rapprochement avec le contrôle de tutelle vise à démystifier l'administration ministérielle en érigeant un principe de gestion teinté de défiance vis-à-vis des administrateurs. Au lieu de placer leur confiance dans le jeu constitutionnel des institutions, ils misent sur des normes mieux proportionnées, spécialement adaptées aux effets désirés.

Paragraphe 2. – La permanence d'une tension : légiférer sur la passation des marchés de l'État ou conserver à l'administration une autonomie ?

177. Deux manières de réguler l'administration : entre une législation intrusive et une conception élargie de la responsabilité ministérielle. – Les opposants à l'amendement de DUBOIS-AYMÉ ne s'y sont pas trompés, comme le comte ROY – rapporteur auprès de la Chambre des pairs du projet de loi relatif au règlement du budget de 1829 : « *L'Administration doit, sous sa responsabilité, pouvoir agir, dans l'intérêt de l'État, avec une convenable liberté* »¹⁰¹. En déplorant le risque que cette mesure ne fit « *descendre toute l'administration dans les Chambres* »¹⁰², ce qui est craint ou ressenti comme une innovation dangereuse, c'est le glissement d'un contrôle parlementaire sur le gouvernement, vers une législation intrusive jusque dans la marche de l'administration. C'est-à-dire la substitution à une pratique administrative, de principes formalisés par la représentation nationale et qui esquissent un mode de gestion inspiré depuis l'extérieur de l'administration, en méconnaissance des contraintes qui lui sont propres et que précisément ses propres usages ont pu interioriser. Selon le comte de HAUBERSART, rapporteur auprès de la Chambre des pairs du projet de loi relatif au règlement du budget de 1829 :

Les graves difficultés du règlement à faire exigent le concours de toutes les expériences, de toutes les lumières : observons encore que dans une partie des marchés (et ce sont souvent les plus importants), les ministres

¹⁰⁰ *Id.*, t. 70 (1889), p. 227 (Chambre des députés, séance du 29 septembre 1831).

¹⁰¹ *Id.*, t. 73 (1890), p. 705 (Chambre des pairs, séance du 9 janvier 1832).

¹⁰² *Ibid.*

sont eux-mêmes parties contractantes, et que des motifs honorables et faciles à saisir doivent leur faire désirer que ce règlement subisse les épreuves attachées à la discussion des lois.

Cette opinion de la nécessité d'une loi réglementaire en matière de marchés a été déjà professée devant vous (...) ; et si vous avez rejeté de ces deux projets de loi les articles relatifs aux marchés, ce n'est pas que la matière vous parût hors du domaine de la loi ; c'est que (...) ce règlement, d'une grande importance, qui doit être médité et rédigé avec soin, avec réflexion, avec le concours de l'expérience de l'Administration, ne pouvait pas être introduit par amendement dans une loi annuelle de finances, et exigeait une loi spéciale¹⁰³.

La terminologie employée indique suffisamment l'état d'esprit avec lequel les orateurs envisagent la question. En empruntant les locutions : « règlement », « loi réglementaire », il ne s'agit pas tant d'identifier la nature juridique de l'amendement débattu, que d'indiquer sa destination. En s'appliquant à la manière dont l'administration se règle, il est question pour le législateur d'intervenir dans un domaine où l'administration revendique officiellement une latitude. Aux yeux de certains, ces questions sont si intimes à l'administration qu'il conviendrait de les laisser à sa discrétion, sauf la garantie offerte par la responsabilité ministérielle. Selon d'autres comme le comte ROY, le contrôle effectué par le parlement sur l'administration « *est une surveillance générale* »¹⁰⁴ ; il ne doit pas insidieusement se muer en une tutelle qui la subordonne rigoureusement au parlement en lui ôtant sa latitude d'action. Ce n'est pas un hasard – pensons-nous – si DUBOIS-AYMÉ a introduit son amendement dans une loi budgétaire. Cela permet de souligner la légitimité du parlement à intervenir dans un domaine qui pourtant ne lui est pas familier.

178. Ces débats cristallisent des tensions où se font face deux manières de réguler l'administration. Pour l'une, les ministres s'offrent comme les seuls interlocuteurs du parlement. La gestion de l'administration est conçue comme une attribution exclusive des ministres, placée sous leur entière responsabilité. Pour l'autre, l'administration apparaît comme une vaste mécanique dont il s'agit de perfectionner le fonctionnement. La recherche d'une gestion économe et la moralisation de ses agents sont présentées comme des enjeux qui touchent à la société et sur lesquels le parlement est compétent. Si nous supposons de bonne foi ceux qui, tout en s'opposant à l'amendement de DUBOIS-AYMÉ, proclament que « *tout le monde est d'accord sur l'utilité, la nécessité de régler par un ensemble de dispositions précises, coordonnées (...)*

¹⁰³ *Id.*, t. 78 (1891), p. 657 (Chambre des pairs, séance du 14 janvier 1833).

¹⁰⁴ *Id.*, t. 73 (1890), p. 705 (Chambre des pairs, séance du 9 janvier 1832). La même année, le comte d'ARGOUT, ministre des travaux publics, s'exclamait dans le même sens que « *la meilleure de toutes les garanties, (...) c'est la responsabilité ministérielle. Je demande si on peut obliger le gouvernement à procéder toujours par voie d'enchères, et je réponds hardiment non. (...) Du moment où le gouvernement peut dévier à la règle, à quoi serviront les justifications qu'on demande ? Je ne crois pas que l'amendement ait de grands inconvénients ; il n'a que celui de multiplier les écritures sans donner aucun renseignement utile à la Chambre* » (*id.*, t. 78 (1891), p. 347 ; Chambre des députés, séance du 21 décembre 1832).

les formalités à suivre dans tous les marchés passés au nom du gouvernement »¹⁰⁵, c'est bien la genèse de cette innovation qui suscite des mécontentements. Ses partisans l'ont parfaitement saisi : ceux-ci préfèrent insister sur les vertus d'une telle réforme, la faisant voir en perspective avec les principes que sous-tend la révolution de Juillet (entreprise trois ans auparavant). Ainsi en est-il du député TRACY :

Notre gouvernement est un gouvernement populaire et national, la publicité en est l'âme. Toutes les fois qu'on pourra répandre les lumières sur les actes du gouvernement, ce sera lui donner de la force. (...)

Je suis convaincu que M. le ministre, en y réfléchissant, sentira qu'il est dans son intérêt, et qu'il n'aura pour résultat que de faire arriver cette loi, dont on vous parle, sur les marchés et sur les règles générales qui doivent y présider¹⁰⁶.

Les réticences – bousculées par la pugnacité de DUBOIS-AYMÉ – résultent non pas de vues obscurantistes, mais d'une certaine conception du gouvernement représentatif. C'est-à-dire d'une conception où, indépendamment des relations réglées entre le gouvernement et le parlement, l'administration est placée dans le ressort exclusif du premier – comme un agent mis à sa disposition pour pourvoir à ses responsabilités. À cet égard, la version définitive de l'article traduit la recherche d'un compromis : le principe est proclamé par la Loi, le soin de concrétisation en est confié au pouvoir exécutif. Militant pour un mode de gestion uniformisé autour de quelques principes, DUBOIS-AYMÉ¹⁰⁷ rencontre une hostilité qui témoigne des difficultés que rencontre le parlement à régler l'administration. Chose à laquelle FOUCART se fit l'écho : « *Il n'existe sur cette matière importante [l'approvisionnement par fournitures] aucune loi complète. On trouve seulement quelques principes généraux posés par la législation, et dont l'application a été faite par des ordonnances ou par des règlements ministériels* »¹⁰⁸. Aussi ne pensons-nous pas, comme le professeur RICHER a pu l'affirmer¹⁰⁹, que l'amendement de DUBOIS-AYMÉ fut, dans sa teneur, une concession faite par le législateur à l'administration. Il s'agirait plutôt d'une épreuve de force où celui-là s'est essayé à investir un champ de compétence rarement défrayé. Cet amendement aurait moins

¹⁰⁵ *Id.*, t. 78 (1891), p. 657 (Chambre des pairs, séance du 14 janvier 1833).

¹⁰⁶ *Id.*, t. 74 (1890), p. 772 (Chambre des députés, séance du 4 février 1832).

¹⁰⁷ Celui-ci avait si bien devancé ces difficultés qu'il avait sans cesse défendu l'opportunité de poser un principe général *via* la loi, en se gardant bien d'enfermer l'administration dans une foule de dispositions spéciales qui en gênât la marche. Cette attitude respectueuse envers une administration à laquelle l'on conserve une certaine latitude, s'inscrit toujours – pensons-nous – dans le souci d'associer l'administration à sa propre régulation. « M. le ministre [le comte D'ARGOUT] vous a dit qu'il convenait d'avoir une loi qui prévît tous les cas, entrât dans tous les détails. Cette loi est impossible à faire, et ce serait bien de cette loi qu'on pourrait dire qu'elle entrave les services publics ; car, il suffirait d'un seul cas non prévu, pour gêner l'administration. Ce n'est point par des dispositions spéciales que l'on peut tracer à l'administration des règles de cette nature, ce ne peut être que par un article conçu dans des termes généraux que l'on pourra résoudre la difficulté » (*id.*, t. 74 (1890), p. 770 ; Chambre des députés, séance du 4 février 1832).

¹⁰⁸ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 2 (1839), p. 204.

¹⁰⁹ RICHER Laurent, « Une tradition : le caractère réglementaire du droit des marchés publics », in [collectif], *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur de Étienne FATÔME*, *op. cit.* (2011), p. 415.

fondé cette tradition qu'elle ne l'aurait révélée ou explicitée, en signifiant au législateur les limites de ses prérogatives.

179. La permanence d'une conflictualité dans la manière de soumettre l'administration à une gestion efficiente. – Le décret du 31 mai 1862¹¹⁰ qui vint abroger l'ordonnance du 4 décembre 1836 pour en améliorer les dispositions, est emblématique d'une administration qui n'est pas forcément inintelligente aux aspects gestionnaires sous-jacents à l'exercice de ses prérogatives. En témoigne le rapport du ministre de l'intérieur PERSIGNY qui le précède.

Quant à l'approbation des marchés de gré à gré, jusqu'à concurrence de 20, 000 fr., elle ne semblerait nullement s'inspirer des vues de Votre Majesté. Toutes les affaires doivent être traitées au grand jour, surtout quand il s'agit de travaux et de fournitures. Toutes les entreprises doivent être adjudgées sous les yeux des populations et sous l'aiguillon de la liberté des enchères. Publicité et concurrence, voilà, malgré des assertions contraires, les meilleures règles en pareille matière, et je connais trop les intentions de Votre Majesté pour ne pas être sûr à l'avance qu'elle condamnerait toute mesure qui aurait pour effet de restreindre dans son application le principe si tutélaire et si moral de l'adjudication. Il importe au plus haut degré que l'administration échappe, non-seulement à l'abus, mais encore au soupçon¹¹¹.

Cela dit, en se saisissant de nouveau de la question en 1882, le parlement témoigne des difficultés dont l'administration fit montre dans l'assimilation des principes de publicité et de concurrence¹¹². Ses résistances nous indiquent la manière dont celle-ci a longtemps voulu les comprendre : comme une réglementation édictée à son avantage, dans l'intérêt du Trésor, et foncièrement antipathique avec l'idée qu'elle puisse être contraignante. C'est pourquoi le parlement se prononça de nouveau sur la question en 1882 – *via* l'initiative du député SOURIGUES¹¹³ :

¹¹⁰ Il s'agit spécialement de l'article 68 du décret du 31 mai 1862, portant règlement général sur la comptabilité publique (*Bulletin des lois* 1862 (1045), n° 10527).

¹¹¹ PERSIGNY Victor (de), « Rapport à l'Empereur » [rendu le 12 avril et précédant le décret du 13 avril 1861], in *Moniteur universel* 1861 (14 avril), n° 103, p. 523 (2^e col.).

¹¹² Cf. KALFLÈCHE Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, 2004 (thèse dactylogr., université Panthéon-Assas), p. 53 sq.

¹¹³ Le 16 février 1882, le député SOURRIGUES déposa devant la Chambre des députés une proposition de loi « ayant pour objet de déterminer les conditions auxquelles on pourra confier à des particuliers les travaux et fournitures à faire pour le compte de l'État, ainsi que l'établissement et l'exploitation, à leurs profits et risques, de toute entreprise d'utilité publique » (annexe n° 427). Peu après le 31 mars 1882, le député LEFÈVRE rendit un rapport favorable à son propos (annexe n° 741). Si elle fut prise en considération le 15 mai 1882, il n'y eut aucune suite. La prise en considération conditionne l'initiative parlementaire. Les règlements des deux chambres sont conçus de telle sorte qu'une proposition ne puisse être étudiée au fond qu'après qu'elle ait fait l'objet d'une prise en considération : une commission spéciale (dite d'initiative parlementaire) rend un rapport sommaire destiné à apprécier l'opportunité de la proposition, sur lequel l'assemblée se prononce en séance plénière. Soit la proposition de loi est purement et simplement rejetée, soit elle est renvoyée dans l'une commission existante pour un examen au fond (cf. PIERRE Eugène, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, Librairies-imprimeries réunies, 1893 (1^{re} éd.), p. 729 sq.).

Mettre en adjudication les travaux, transports et fournitures dont l'État a besoin, cela se fait dans bien des cas. Toutefois, il n'est pas inutile de rappeler cette stipulation dans la loi qui nous occupe, pour la confirmer comme une règle à suivre sans s'en écarter autrement que dans les cas exceptionnels que le législateur aura précisés¹¹⁴.

L'auteur de cette proposition de loi y développe des motifs tout à fait similaires à ceux de DUBOIS-AYMÉ :

En principe. – Sous une République démocratique, il est indispensable que le Gouvernement, quand l'intérêt personnel est en jeu, traite tous les individus sur un pied d'égalité et échappe au reproche de faire du favoritisme. Il doit, dans toute affaire où il s'agit de l'intérêt de l'État ou des contribuables, chercher à s'attirer la réputation d'administrer la fortune publique avec une sollicitude prévoyante et une économie intelligente ; en un mot, non seulement vouloir bien faire, mais encore, en allant de lui-même au devant de tout contrôle, échapper au soupçon – même injuste – d'avoir traité le bien des contribuables avec insouciance ou laisser-aller¹¹⁵.

180. L'opposition qu'il esquisse entre la République et l'Empire, ne doit pas – selon nous – être prise au pied de la lettre. Le Second Empire nous paraît aider à exorciser des abus bien réels dans l'administration républicaine¹¹⁶ et à conjurer ce hiatus d'avec l'idéal d'une administration probe et responsable¹¹⁷. L'avocat aux Conseils CHRISTOPHLE – témoin alerte de ces questions – nous le confirme lorsqu'il rapporte qu'« à plusieurs reprises, au Sénat et à la Chambre des députés, le Gouvernement avait été interpellé au sujet du principe posé par l'ordonnance de 1836, et, faisant remarquer les nombreuses atteintes qui y avaient été portées, les auteurs de ces interpellations avaient demandé que ce principe fût formellement établi par une loi qui porterait en même temps l'énumération limitative des exceptions qui pourraient y être apportées »¹¹⁸. De son propre aveu, la raison tint à la jurisprudence du Conseil d'État, rétif à admettre que les marchés passés de gré à gré au lieu de l'être

¹¹⁴ *Annales du Sénat et de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, Paris, Imprimerie du Journal officiel, 1882, t. 1, p. 316 (Chambre des députés, séance du 16 février 1882).

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Une certaine idée en est donnée par une allocution à la fois mordante et acerbe, qui dépeint les pratiques officieuses très latitudinaires vis-à-vis de la législation : coalition d'intérêts privés autour de sociétés spécialement créées pour une adjudication ; des bureaux des administrations très habiles pour passer des adjudications indépendamment des contraintes normatives (cf. JUVENET Jules, *Note sur l'art des adjudications dédiée à MM. les Membres du nouveau corps de contrôle*, Paris, Imprimerie Schiller, 1882).

¹¹⁷ « En s'engageant dans cette voie, si parsemée d'abus et d'injustices, l'empire était dans son rôle : c'est le propre, en effet, d'un régime de gouvernement personnel que ses ministres cherchent, autant que possible sans trop faire crier, à disposer de la richesse publique en accordant des faveurs aux amis aux créatures et aux flatteurs du souverain. Mais, sous un gouvernement de tous par tous, avec un ministère composé d'hommes intègres et désintéressés, animés avant tout de sentiments de justice et d'équité, ennemis des privilèges et partisans de l'égalité de traitement entre tous les citoyens, l'occasion actuelle est excellente pour mettre fin aux abus découlant du système des concessions directes. La ligne de conduite à suivre, il faut donc la tracer par une loi durable s'imposant, dans l'avenir comme dans le présent, aux hommes, quels qu'ils soient, qui pourront occuper le pouvoir, dussent-ils ne pas posséder, comme ceux qui s'y trouvent aujourd'hui, la confiance des représentants directs de la nation » (*Annales du Sénat et de la Chambre des députés...*, op. cit., t. 1 (de l'année 1882), p. 316 ; Chambre des députés, séance du 16 février 1882).

¹¹⁸ CHRISTOPHLE Albert & AUGER Paul, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, Chevalier-Marescq, 1889-1890 (2^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 165.

par adjudication, puissent être sanctionnés d'une nullité¹¹⁹. De son côté, le Gouvernement « déclara que les projets de loi étaient inutiles, parce que les ordonnances de 1836 et de 1838, rendues en vertu du pouvoir législatif délégué par le Parlement dans la loi de 1833, étaient des lois, avaient la même force et la même sanction »¹²⁰. Pourtant, les débats parlementaires drainèrent en 1882 « les mêmes discussions parlementaires qui avaient précédé la loi de 1833 »¹²¹. Ils furent univoques à considérer « que la sanction de la loi est la nullité absolue et d'ordre public des marchés passés contrairement aux prescriptions des ordonnances ou du décret, qui font corps avec elle »¹²². Ces vues divergentes découvrent plusieurs manières d'appréhender ce sujet : depuis l'administration qui s'essaye à conserver une latitude dans le choix de ses contractants, jusqu'au parlement qui s'efforce à soumettre l'administration à un mode d'action systématisé par des procédures contraignantes¹²³. Cela permet de se représenter les préoccupations auxquelles les marchés de l'administration ont été attrait.

181. En donnant lieu à des expressions spécifiques selon les acteurs, les préoccupations gestionnaires dont ils témoignent permettent de discerner à quels propos les contrats de l'administration ont été articulés. C'est relativement à la gestion économique de l'administration qu'ils furent attrait au droit administratif par GÉRANDO et FOUCAIT. Certes, leurs ouvrages en sont les seuls exemples. C'est que celui de Firmin LAFERRIÈRE y fait exception pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons. Du reste les ouvrages de CHAUVÉAU et SERRIGNY se sont spécialement attachés au contentieux administratif ; et celui de TROLLEY est resté inachevé. Jusqu'alors, les marchés avaient déjà été essentiellement exposés du point de vue contentieux, par le biais d'une littérature essentiellement praticienne. En entreprenant tous deux des ouvrages portés à saisir le droit administratif dans son ensemble, GÉRANDO et

¹¹⁹ Par les arrêts LEFORT (4 juillet 1873) & DALLOZ (18 mai 1877), le Conseil d'État a estimé que les dispositions de l'ordonnance du 4 décembre 1836 « ne sont pas d'ordre public, mais constituent seulement des règles d'ordre intérieur et d'administration, dont l'inobservation ne peut être invoquée par l'État, vis-à-vis du tiers qui a contracté avec lui, comme une cause de nullité du contrat ». Albert CHRISTOPHE estime que « les Gouvernements qui se sont succédé depuis la promulgation des ordonnances de 1836 et 1838 ont porté tant d'atteintes à leurs prescriptions, que la jurisprudence a pu les croire tombées en désuétude. (...) Cet état de la jurisprudence était connu des auteurs des propositions de loi faites en 1882 ; c'était une des causes de ces propositions. Le Gouvernement a promis de donner les satisfactions demandées et de revenir à la législation de 1836. Le décret du 18 novembre 1882 a eu pour but d'accomplir cette promesse » (*id.*, p. 166).

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ VIVIEN entérine cette approche des choses. Il l'appréhende non pas tant comme un compromis boiteux ; mais plutôt comme un équilibre harmonieux entre les attributions respectives du Parlement et de l'administration : « Quand il s'agit, par exemple, (...) des marchés à passer, des fournitures à faire, l'intérêt public serait compromis par une législation soupçonneuse qui, garrotant l'administration, lui refuserait la liberté de se mouvoir. Les garanties dues à la chose publique se rencontrent dans les règles générales que l'administration est tenue de suivre, dans les contrôles qui l'entourent, dans la responsabilité de ses agents et non dans d'étroites et minutieuses prescriptions » (*Études administratives, op. cit.* (2^e éd.), t. 1 (1852), p. 12).

FOUCART ont accusé les mutations qui depuis la Restauration ont éprouvé l'efficacité économique de l'action administrative. L'administration dut sa légitimité au fait d'agir suivant des modalités économiques, dont le coût ne fût pas dispendieux au regard de ses objectifs. Par le truchement de l'enseignement universitaire du droit administratif – généralisé dans les années 1830 –, ces préoccupations ont été réceptionnées au travers d'un discours savant. De surcroît, la réglementation des procédures d'adjudication a contribué à présenter les divers marchés sous un jour qui les rapprochât. Alors que rien n'invitait à présenter les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics au travers d'un prisme univoque, ils ont été saisis ensemble par la volonté de plier l'administration à une même rationalité gestionnaire¹²⁴. Ces procédures ont conféré un sens à leur rapprochement, en indiquant que ces marchés puissent participer d'un mode de gestion fédéré par les mêmes enjeux¹²⁵.

¹²⁴ D'ailleurs, le Conseil d'État a étendu aux marchés de fournitures passés par les départements l'ordonnance du 4 décembre 1836, adoptée pour la passation des marchés de fournitures de l'État. D'aucuns se sont prévalus de cette jurisprudence pour assimiler les premiers aux seconds et les faire ressortir à la compétence de la juridiction administrative (*cf.* par exemple le professeur dijonnais SERRIGNY : *Questions et traités de droit administratif*, Paris, Durand, 1854, p. 526).

¹²⁵ *A pari* : KALFLÈCHE Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, *op. cit.* (2004), p. 47 *sq.*

Chapitre 2

Une mise en discours des contrats corrélée à une représentation inédite du droit administratif

(deuxième tiers du XIXe siècle)

182. Jusque dans les années 1820-1830, les contrats de l'administration ont été appréhendés par des biais spécifiques, impropres à les comprendre comme s'ils constituaient un sujet cohérent dans toutes ses parties. La diversité des termes empruntés pour les désigner l'illustre un peu plus. Cela dit, le partage des compétences juridictionnelles fut l'occasion d'essayer des locutions dont il ne faut pas croire qu'elles ont sailli un objet préconstitué, donné à l'observation des administratives. La locution « bail administratif » fut de celles-ci, en rapprochant des contrats hétéroclites dont l'idée fut de les soumettre à la compétence judiciaire (**section 3**). Une autre se développa également pour s'affirmer dans les années 1830 : la locution « contrat administratif ». Ce n'est pas dire qu'elle ne fut jamais employée auparavant. Cependant, les administrativistes s'attachèrent à lui conférer une signification qui fut de nature à pouvoir les comprendre avec le droit administratif. C'est en ce sens que la distinction État-administrateur/État-propriétaire fut explicitée (**section 1**), pour être associée à une certaine représentation du droit administratif avec laquelle elle fût en harmonie (**section 2**).

Section première. – Des contrats administratifs spécifiés à travers la promotion de la distinction État-administrateur/État-propriétaire

183. La locution « contrat administratif » reçut une expression aboutie au cours des années 1820, par le fait d'auteurs s'adressant essentiellement à des praticiens. Traduisant par son biais une certaine conception des marchés de fournitures, elle fut plus largement assimilée vers la fin de cette décennie, avec les débats relatifs au Conseil d'État (**paragraphe 1**). Si ces derniers se poursuivirent sous la Monarchie de Juillet, ils se sont posés en des termes différents qui ont donné lieu à des démonstrations originales. C'est à ce propos que s'imposa la distinction État-administrateur/État-propriétaire dont la pertinence fut éprouvée à l'aune des contrats administratifs – spécialement les marchés des fournitures (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – La formalisation d'une conception arrêtée des contrats administratifs : une locution contentieuse

184. Les « contrats administratifs » : de l'évolution d'une locution à l'expression d'une doctrine spécifique. – Selon le professeur PLESSIX, le doyen FOUCART aurait été « *le premier à ne pas se contenter de relever, à l'instar de ses contemporains – et même de ses successeurs – que les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures contractés par l'État relèvent de la compétence des juridictions administrativistes pour la seule raison que le législateur ou le pouvoir réglementaire en ont ainsi décidés* »¹²⁶. Le même aurait pour la première fois employé la locution « *contrat administratif* » et élevé à son sujet – selon le professeur TOUZEIL-DIVINA – des éléments théoriques assez remarquables¹²⁷. Pourtant, nous avons eu l'occasion de signaler *supra* que Jean-Baptiste SIREY avait déjà employé cette locution¹²⁸. Certes, il désignait par là les contrats passés en la forme administrative, de même que ses contemporains parlaient de contrats judiciaires – pour les contrats passés en la forme judiciaire. Aussi la locution « *contrat administratif* » était-elle usitée dans le même sens que « *bail administratif* ». Elle le fut toujours près d'un siècle plus tard dans le *Répertoire encyclopédique de droit français* de l'avocat LABORI¹²⁹. Pour autant, cette locution prit une signification spécifique où il fut plus seulement question de conférer une certaine signification à la distribution des contentieux administratif et judiciaire. Sous un paragraphe intitulé « *Contrats administratifs* » introduit dans l'article « *Compétence* », Désiré DALLOZ y définit ce contrat comme celui « *passé par un agent de l'autorité, et [qui a] pour objet un service d'utilité publique ; ces deux conditions cumulatives sont indispensables* »¹³⁰. Il participe si bien de la compétence administrative que les baux administratifs y sont présentés comme une exception.

Le principe, que le jugement des difficultés qui peuvent s'élever sur le sens et l'exécution des contrats administratifs appartient à l'administration, souffre deux exceptions remarquables que la jurisprudence avait d'abord méconnues, mais auxquelles elle est revenue depuis plusieurs années. La première est relative aux adjudications de coupes de bois nationaux, de droits d'usage et de pâturage ; la seconde s'applique aux difficultés qui peuvent s'élever sur l'interprétation et l'exécution des différens baux administratifs¹³¹.

¹²⁶ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.* (2003), p. 735.

¹²⁷ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCART...*, *op. cit.* (à paraître), p. 292-293.

¹²⁸ Cf. le chapitre 3, titre I, première partie (spéc. le § 53).

¹²⁹ Cf. LABORI Fernand (dir.), *Répertoire encyclopédique du droit français*, Paris, Marchal & Billard, 1889-1896 (12 vol.), t. 4 (1890), p. 194 *sq.* (v° Contrat administratif).

¹³⁰ DALLOZ Désiré (dir.), *Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale et criminelle, ou Journal des audiences de la Cour de cassation et des cours royales. Nouvelle collection entièrement refondue, composée par ordre alphabétique des matières ; augmentée d'un nombre considérable d'arrêts, et contenant la jurisprudence depuis l'origine de la Cour de cassation jusques et y compris l'année 1824*, Paris, au bureau de la Jurisprudence générale du royaume, 1824-1830 (1^{re} éd., 12 vol.), t. 3 (1827), p. 199 (v° Compétence).

¹³¹ *Id.*, p. 185.

L'avocat DALLOZ souhaite au fond indiquer cette idée d'après quoi les contrats administratifs ressortissent régulièrement à la compétence administrative. C'est-à-dire qu'ils n'y sont pas liés comme une exception spécialement consacrée par un texte. Bien au contraire, il contribue à la définition même du contentieux administratif dont ils étayent les caractéristiques. À l'inverse les baux administratifs ressortissent à la compétence judiciaire par l'effet d'autres principes encore.

Si la forme du contrat et la nature des biens affermés suffisaient pour justifier la compétence de l'autorité administrative, comment expliquer la précaution prise par le législateur d'attribuer expressément à l'administration le pouvoir de prononcer sur l'interprétation de certains baux administratifs ? (...) Malgré la nature des biens qu'ils ont pour objet et la forme dans laquelle ils sont passés, les (...) baux administratifs restent dans le domaine des tribunaux, dont aucun règlement spécial ne les a distraits¹³².

185. Désiré DALLOZ fait œuvre de praticien divulgateur¹³³ : si le succès de son répertoire le doit à la qualité de sa composition et la clarté de son écriture, nous ne pensons pas qu'il y développe une doctrine foncièrement originale. Cela eût desservi son propos. Cependant il sait formaliser des opinions diffuses pour leur conférer l'éclat d'une doctrine explicite. C'est en ce sens qu'il souligne les principes qui distribuent les compétences pour le contentieux des contrats de l'administration. À cet égard, la locution « contrat administratif » est employée à désigner une classe de contrats régulièrement attachée à la juridiction administrative. Bien loin de se cantonner à une démarche exégétique où il discuterait de la portée de tel ou tel texte, il explicite le sens de cette attribution en esquissant à cette occasion une distinction déjà sentie dans les années 1820, puis systématisée quelques années plus tard – celle entre l'État-administrateur et l'État-propriétaire¹³⁴. Il indique par exemple en filigrane à propos des baux administratifs.

Pour les baux, (...) l'intérêt du trésor exige qu'on laisse aux adjudicataires la garantie que leurs démêlés avec l'administration seront vidés par leurs juges naturels. Cet intérêt financier de l'état doit fléchir sans doute devant les exigences de la police et de l'ordre public qui ont obligé l'administration à retenir le jugement des contestations qui peuvent naître au sujet des différens baux que nous avons cités¹³⁵. Mais l'ordre public n'exige pas que les baux que l'administration peut faire des autres biens appartenant

¹³² *Id.*, p. 195.

¹³³ Nous souhaitons signifier par là qu'il participe de la *doctrine praticienne de divulgation*. Cf. à ce sujet, le chapitre 3, titre III, première partie.

¹³⁴ *Comp.* DALLOZ Désiré (dir.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public ; nouvelle édition considérablement augmentée et précédée d'un essai sur l'histoire générale du droit français*, Paris, au bureau de la Jurisprudence générale, 1845-1870 (2^e éd., 47 vol.), t. 10 (1848), p. 430 *sq.* (v^o Compétence administrative).

¹³⁵ Il cite quelques lignes plus haut les baux « relatifs aux octrois, aux droits de location dans les foires et marchés, aux droits de bacs et de passages d'eau, aux eaux minérales appartenantes (sic) à l'état, aux eaux de Paris, enfin aux droits de passages sur les ponts ».

au domaine, aux communes, cessent d'être de la compétence des tribunaux¹³⁶.

Désiré DALLOZ esquisse une opposition entre les hypothèses où l'État ne contracte qu'afin de générer un produit financier, et celles où il se manifeste d'après ses attributions spéciales – notamment exprimées en termes de police et d'ordre public. Bien sûr, il n'explicite pas clairement la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Pour autant, nous ne saurions dire qu'il s'essaye difficilement à la formaliser, comme si les premières expressions de cette doctrine devaient nécessairement être incertaines. En fait, ces propos nous semblent attester de ce que son auteur synthétise, formalise et désigne une expression doctrinale à des règles de compétence qui semblent tirer leur raison d'être d'une « nature des choses » plutôt que de l'autorité des textes.

186. Nous ne souhaitons pas déprécier l'apport doctrinal du doyen FOUCART, ni même le minorer. Cependant, il ne fut pas à strictement parler le premier administrativiste à concevoir – pour les contrats de l'administration – une partition qui repose non pas sur une confrontation littérale des textes, mais sur des principes abstraits de ceux-ci. Au demeurant, il ne s'agit pas de découvrir un « premier » auteur ou – pour le dire autrement – de repérer un initiateur qui eût *posé* les prémices d'un concept du contrat administratif, auquel se fussent ralliés ses contemporains. Suivant une démarche différente, il nous paraît plus pertinent de faire apparaître les linéaments d'une doctrine qui, d'un ouvrage à un autre, portent un discours doctrinal qui va en s'enrichissant suivant les adjonctions qu'y apportent les auteurs successifs. Ce n'est pas de la marche du progrès dont il est question, mais plutôt de la formalisation d'une conception doctrinale à laquelle les auteurs contribuent en l'inscrivant dans un propos spécifique qui en oriente et en enrichit progressivement le sens. Les administrativistes la développent en assimilant les évolutions juridiques qui y ont traits, de telle sorte que le discours doctrinal ne renvoie pas tant à l'énonciation d'un inédit qu'il actualise continuellement une cohérence là où surgissent des nouveaux reliefs qui obligent les mots à se redéployer. Cette cohérence dont il est question pour notre sujet, c'est celle qui donne à penser le partage des compétences juridictionnelles entre les contrats de l'administration. Cette question s'arcboute moins sur les pouvoirs employés par l'administration dans ses contrats, que sur l'articulation de certains d'entre eux à l'action administrative. Si leur exécution suppose parfois de soumettre ses contractants à un pouvoir de direction, celui-ci fut assimilé à l'exercice d'une juridiction – celle des ministres en premier ressort. C'est en

¹³⁶ DALLOZ Désiré (dir.), *Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale et criminelle...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 3 (1827), p. 195 (v^o Compétence).

ce sens que Désiré DALLOZ affirme après d'autres – sous la rubrique « Contrats administratifs » :

C'est à l'autorité administrative seule qu'il appartient d'interpréter les contrats passés par l'administration, d'en régler l'exécution¹³⁷.

En d'autres termes, les administrativistes n'ont pas tant été enclins à faire une analyse intrinsèque des contrats administratifs, qu'à souligner leur solidarité avec une économie institutionnelle spéciale : où administration et juridiction se poursuivent selon un même *continuum*. C'est pourquoi leur examen renvoie *in fine* à la juridiction administrative.

- 187. Une conception des marchés de fournitures déterminée par l'action administrative.** – Peu avant le répertoire de DALLOZ, c'est ce dont rend compte l'avocat MACAREL dans ses *Éléments de jurisprudence administrative*. Sans s'y appesantir, il écrit que la « *juridiction contentieuse comprend tout ce qui fait légalement obstacle à l'administration, lorsqu'en marchant elle froisse sur sa route les intérêts des particuliers* », à quoi s'y rattachent « *les marchés dans lesquels l'administration a stipulé comme partie* »¹³⁸. Pourquoi ? C'est « *l'intérêt de l'état [qui] a établi cette loi* »¹³⁹. Bien qu'il n'explicite pas ce qui distingue les baux administratifs des marchés de fournitures, il conçoit sans conteste les premiers comme des contrats soumis à la juridiction judiciaire¹⁴⁰. Au contraire, les seconds participent d'une action unilatérale dirigée par les ministres – dans certains cas par les préfets –, dont les litiges, à raison de leur destination, se résolvent *in fine* devant le Conseil d'État. Aussi sont-ils présentés comme des conventions par laquelle les contractants s'obligent à faire des fournitures dans les conditions qui lui sont indiquées par l'autorité administrative, sans jamais pouvoir discuter autre chose que leur rémunération ou les indemnités qu'ils pourraient se croire en droit d'exiger. Les marchés sont présentés comme des actes par lesquels les fournisseurs s'associent à la marche de l'administration, en se pliant à toutes les rigueurs qui y sont inhérentes. Dès lors, seules les décisions soldant ces marchés peuvent faire naître une contention. MACAREL le suggère en indiquant – à propos des marchés passés par les préfets – que « *toutes les difficultés relatives à cette exécution consommée sont du ressort des conseils de préfecture* », de telle sorte que le préfet « *ne puisse [jamais] être juge et partie dans sa propre cause* ». Et il conclut : « *L'appel des décisions des ministres ou des conseils de préfecture, en cette matière, se porte devant le conseil d'état* », puisqu'il s'agit de décisions juridictionnelles. Quant aux « *arrêtés des préfets [pris pour l'exécution*

¹³⁷ *Id.*, p. 184.

¹³⁸ MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, Paris, Dondey-Dupré, 1818 (2 vol.), t. 1, p. 5-6.

¹³⁹ *Id.*, t. 2 (1818), p. 192 (v^o Marchés et fournitures).

¹⁴⁰ *Id.*, t. 1 (1818), p. 10.

de leurs marchés, leur appel] *se défère au ministre compétent* »¹⁴¹. Dans ce dernier cas, il faut comprendre non pas « appel », ce terme étant aujourd'hui réservé à la procédure juridictionnelle, mais « recours administratif ». En somme, les marchés de fournitures organisent les modalités d'une subordination momentanée et consentie des fournisseurs à l'administration, qui permet à cette dernière de mobiliser des capitaux privés sans renoncer à la latitude nécessaire à son action. Il n'y a de véritables débats juridictionnels que ceux relatifs à la liquidation du marché.

188. CORMENIN l'explicite mieux encore dans ses *Questions de droit administratif*¹⁴². Ce qu'il y a de singulier avec les fournitures, ce n'est pas la nature même du marché : celui-ci ne cesse jamais d'être une convention synallagmatique. « *En résultat, toutes les entreprises, tous les marchés de travaux et fournitures consommés, se résolvent, à l'égard de l'État, en cette question-ci : Que redoit l'État à l'entrepreneur ? ou que redoit l'entrepreneur à l'État ?* »¹⁴³. Il insiste plutôt sur la nécessité dans laquelle l'État est placé – *via* les ministres – d'obliger le fournisseur à des mesures qui n'auraient pas été formellement stipulées. Celles-ci s'imposent au fournisseur jusqu'à la consommation du marché, après quoi il lui est loisible de porter devant le juge administratif des réclamations pécuniaires.

Le ministre a décidé provisoirement en première instance, avec une pleine liberté, et il a fait exécuter ses décisions sans obstacle, dans le seul intérêt de l'État.

Il faut que le tribunal administratif examine, à son tour, ces décisions en appel, avec la même liberté, dans l'intérêt de l'État comme dans celui des fournisseurs¹⁴⁴.

L'objet de l'administration est de répondre à l'imprévu en pourvoyant à toutes les nécessités. « *Le contentieux même est tellement lié et subordonné aux besoins de l'administration, que la puissance d'exécution doit l'emporter, et entraîner la juridiction contentieuse dans la rapide nécessité de sa marche* »¹⁴⁵. Ainsi le ministre ne doit-il gérer que le provisoire¹⁴⁶, par des

¹⁴¹ *Id.*, t. 2 (1818), p. 193-194 (v^o Marchés et fournitures).

¹⁴² CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Ridler, 1822 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 316 sq. (v^o Marchés). La dissertation qu'il développe sur les marchés de fournitures emprunte pour beaucoup à celle qui figure dans son ouvrage sur le Conseil d'État (*Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction sous la monarchie constitutionnelle*, 1818).

¹⁴³ *Id.*, p. 322.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Id.*, p. 321-322.

¹⁴⁶ Nous avons précédemment relevé que Jean-Baptiste SIREY suggérait en 1818 une même approche : « *Nous reconnaissons que les ministres sont juges de toutes les contentions élevées par les droits privés, à l'occasion des mesures administratives, (...) – mais nous soutenons en principe, que leur justice est accidentelle (ou transitoire), pour le besoin de conserver effet à l'action administrative, qu'elle est essentiellement provisoire, en ce qu'elle est rendue seulement pour faire cesser l'obstacle qui entrave l'administration. – Nous soutenons que la justice des préfets ou des ministres est de la même nature que la justice de nos juges des référés, que c'est une simple décision sur le passer outre, qu'elle ne doit pas nuire au principal, que le réclamant, éconduit par le préfet et le ministre, doit pouvoir s'adresser à la justice contentieuse, pour obtenir une décision définitive en faveur de ses droits privés, lésés par l'action administrative* » (*Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle ou Notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Cour du

décisions dont les aspects financiers se résolvent toujours en dernière instance devant le Conseil d'État. À propos des marchés passés par les préfets, il insiste dans le même sens : « *Il faudrait, pour assurer pleinement la rapidité et la liberté des opérations, que ce fût l'administration exécutive seule qui prononçât, sauf recours (...) au tribunal supérieur* »¹⁴⁷, c'est-à-dire le Conseil d'État.

189. Les fournisseurs de l'administration : des agents contractuels associés à l'action administrative. – En suggérant les innovations que cette matière pût recevoir, CORMENIN ne s'enferme pas dans la description fidèle du droit positif, mais donne à le mieux voir en discutant les points saillants qui prêtent à controverse. C'est par ce biais qu'il fait voir la manière dont il conçoit ces marchés. Bien qu'à partir de la troisième édition de ses *Questions de droit administratif* (1826) ses propos soient moins incisifs, nous y retrouvons la même conception. C'est toujours par cette formule qu'il justifie la compétence administrative : « *l'intérêt de l'État* ».

Les lois de 1790 et de 1791 (...), expliquées par l'ensemble des lois postérieures, et par l'usage, le meilleur de tous les interprètes, confèrent aux tribunaux la juridiction pleine et entière sur les personnes et les biens des particuliers, dans toutes les causes où l'État n'est point intéressé. (...)

Mais cette délégation ne s'étend aux tribunaux, pour les questions des marchés et fournitures, qu'exceptionnellement, et lorsque l'intérêt de l'État ne prescrit pas d'en réserver la connaissance à l'administration.

Ainsi, le Roi, en son conseil d'État, les ministres et les conseils de préfecture, en première instance, sont restés les juges de toutes les questions qui intéressent l'État, et qui ne peuvent se résoudre que par l'interprétation des marchés ou conventions faites avec l'administration, ou des règlements administratifs qui régissent le service pour lequel ces marchés ou conventions ont été passés¹⁴⁸.

Tout en ordonnant son propos plus rigoureusement et en se départant de ses opinions personnelles¹⁴⁹, l'exposition par CORMENIN des principes qui gouvernent la matière des fournitures encadre la même idée : les marchés sont une modalité de l'action administrative, singuliers par cela même qu'ils y associent un particulier ; celui-ci est momentanément soumis à la verticalité hiérarchique de l'administration, le temps de cela même qu'ils y associent un particulier ; il est l'exécution du marché.

Harlay, 1818, p. 484-485).

¹⁴⁷ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1822), p. 324 (v^o Marchés).

¹⁴⁸ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Goblet, 1826 (3^e éd., 2 vol.), t. 2, p. 485-486 (v^o Marchés de fournitures).

¹⁴⁹ La troisième édition de ses *Questions de droit administratif* est davantage adressée à un public de praticiens. Il y est moins question de dissertations succinctes développées dans un style critique, que de chapitres où la jurisprudence administrative y est consciencieusement présentée. Les deux premières éditions ont été conçues dans un esprit proche de son ouvrage sur le Conseil d'État – d'ailleurs les développements sur les marchés de fournitures y sont peu ou prou identiques. Tandis que la troisième se rapproche au contraire – au point de vue de leur conception – des *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL.

Pour en rendre compte, CORMENIN explicite des principes qu'il affine dans les deux dernières éditions de ses *Questions de droit administratif* (1837 et 1840).

190. Notre auteur envisage en premier lieu la distribution des autorités administratives habilitées à exécuter les marchés de fournitures (principe n° 1)¹⁵⁰. Alors qu'il prend soin de justifier la compétence spéciale du préfet – retenue en dernière instance par le ministre – pour les marchés passés au nom du département, il poursuit en posant la compétence exclusive des ministres pour l'exécution des marchés passés au nom de l'État (principe n° 2)¹⁵¹. Les ministres ont l'entière responsabilité des fournitures au titre du fait qu'ils sont « *les agens du pouvoir exécutif* »¹⁵². À cet égard, ils déterminent les besoins nécessaires à la marche de l'administration et en dirigent la consommation. Cela fait si bien corps avec l'architecture administrative que les ministres ne peuvent disposer de leur compétence au profit d'un tiers (principe n° 3)¹⁵³ ; ni même se défausser de leur responsabilité (principe n° 4)¹⁵⁴. CORMENIN envisage ensuite la compétence du contentieux : celui des marchés locaux, c'est-à-dire des marchés passés au nom du département (et non pas au nom de l'État), lesquels ressortissent aux conseils de préfecture, sauf appel devant le Conseil d'État (principe n° 5)¹⁵⁵ ; celui des marchés passés au nom de l'État, lesquels ressortissent au Conseil d'État saisi en appel des décisions ministérielles (principe n° 6)¹⁵⁶. Liée au fonctionnement de l'administration dont elle en est un appendice, cette compétence cesse lorsque celui-ci n'est plus en cause (principe n° 7)¹⁵⁷, sans jamais permettre aux tribunaux d'interpréter un « *marché administratif* » ou les actes dont l'exécution en dépend (principe n° 8)¹⁵⁸. Ce qui démontre combien ces marchés ont été pris pour de véritables actes administratifs, nonobstant leur nature contractuelle qui n'y est en rien incompatible¹⁵⁹. À l'inverse, CORMENIN assimile volontiers les baux administratifs à

¹⁵⁰ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, Paris, Guyot & Scribe, 1837 (4^e éd., 3 vol.), t. 3, p. 245-247 (v° Marchés de fournitures).

¹⁵¹ *Id.*, p. 247.

¹⁵² *Id.*, t. 1 (1837), p. 246.

¹⁵³ *Id.*, t. 3 (1837), p. 252-253 (v° Marchés de fournitures).

¹⁵⁴ *Id.*, p. 253.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 254. Nous relevons ce qui nous semble être une erreur, et qui au début de cette citation a substitué au terme « *préfets* » celui de « *ministres* » (malheureusement, aucun *errata* n'est adjoint à cette édition). Nous l'avons corrigée, comme d'ailleurs CORMENIN l'a fait dans l'édition suivante (1840). Autrement, le sens en serait incompréhensible. Cela n'a pas empêché certains d'en tirer parti, tel le magistrat Hyacinthe COLOMBEL qui, en prenant la défense la compétence judiciaire, dévoie la doctrine de CORMENIN en le citant à la lettre, mais contre l'esprit de sa doctrine (*De la juridiction administrative en France*, Paris, Joubert, 1840, p. 265-266).

¹⁵⁶ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, *op. cit.*, (4^e éd.), t. 3 (1837), p. 255 (v° Marchés de fournitures).

¹⁵⁷ *Id.*, p. 256.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 266.

¹⁵⁹ Nous avons employé pour nos citations la quatrième édition (1837). La cinquième (1840), publiée sous le titre *Droit administratif*, ne présente aucun changement au point de vue où nous nous situons.

des contrats naturellement soumis à la juridiction judiciaire, sans que l'adjudication administrative n'altère cette attribution.

À mesure que le conseil d'état renferma chaque juridiction dans les limites de la loi, les pleins pouvoirs que l'administration s'était arrogés cessèrent. On reconnut que les formes de l'adjudication ne changent pas la nature du contrat, et que la loi seule, et non la volonté de l'administration, ou le caprice des parties, pouvait attribuer des juridictions. On en conclut qu'en matière de baux administratifs, les difficultés qui peuvent s'élever, soit entre l'administration et les fermiers, soit, à plus forte raison, entre les fermiers et les sous-fermiers ou des tiers, relativement à la validité, à l'interprétation, à l'exécution et à la réalisation de ces baux, étaient du ressort des tribunaux¹⁶⁰.

Sans qu'il faille – à notre sens – attribuer à l'expression « nature du contrat » le sens que nous lui attribuerions aujourd'hui, elle nous paraît signifier que la distinction entre les marchés de fournitures et les baux administratifs procède avant tout de leur destination. La compétence administrative pour les marchés administratifs est légale, car elle s'inscrit plus fondamentalement dans la constitution même de l'administration à l'esprit de laquelle elle participe.

- 191. Des marchés de fournitures singularisés par leur mode d'exécution.** – Dans un article du répertoire de FAVARD DE LANGLADE – conseiller d'État & président de chambre à la Cour de cassation – consacré à la définition du mot « marché », s'y trouve développé un point de vue très proche de celui de CORMENIN et de SIREY (précité en note de bas de page).

On entend aussi par marché la convention par laquelle l'administration stipule qu'une personne lui fera une fourniture ou un service moyennant un prix déterminé.

La nécessité de faire marcher l'administration publique, n'a pas permis de soumettre à l'action lente et mesurée des tribunaux ordinaires la décision des contestations qui s'élèvent entre le gouvernement et les entrepreneurs ou fournisseurs pour l'exécution des marchés. Tous les cas urgents sont décidés par le préfet ou le ministre, et leurs décisions s'exécutent provisoirement, sauf le recours au conseil de préfecture ou au conseil-d'état.

C'est toujours l'autorité administrative qui est juge¹⁶¹.

C'est toujours par la nécessité d'exécuter *administrativement* ces marchés que la compétence administrative est justifiée. Pour mieux en signaler la pertinence, cet auteur – et d'autres après lui – insiste particulièrement sur l'urgence dans laquelle l'administration est placée d'exécuter ces conventions. Alors que « *le conseil-d'état connaît omisso medio, de toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec*

¹⁶⁰ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif, op. cit.* (3^e éd.), t. 1 (1826), p. 244-249 (v^o Baux administratifs).

¹⁶¹ FAVARD DE LANGLADE Guillaume-Jean (baron de), *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative, ou Analyse raisonnée des principes consacrés par le code civil, le code de commerce, et le code de procédure ; par les lois qui s'y rattachent ; par la législation sur le contentieux de l'administration ; et par la jurisprudence*, Paris, Didot, 1823-1824 (5 vol.), t. 3 (1823), p. 451 (v^o Marchés).

les ministres, (...) ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs » ; il ajoute que « *lorsqu'il s'agit de marchés passés avec d'autres administrations, et où les parties se sont soumises à la décision de l'autorité administrative, les parties doivent suivre les divers degrés de la hiérarchie* »¹⁶². Pareil à CORMENIN, FAVARD DE LANGLADE rapproche l'exécution de ces marchés de l'action administrative sans qu'ils puissent s'en différencier. MACAREL, CORMENIN, FAVARD DE LANGLADE & DALLOZ : tous ont réalisé des répertoires. Aussi leur démarche n'a-t-elle pas tant consisté à ébaucher une théorie originale qu'à expliciter une question de compétence en mettant en valeur les motifs qui en indiquent les solutions. Celles-ci sont exposées au travers d'une jurisprudence dont la valeur est actualisée. D'une part, les baux administratifs sont catégoriquement rejetés vers le juge judiciaire. D'autre part, la compétence administrative pour les marchés de fournitures est confirmée – et par cela même elle est explicitée. C'est pourquoi les arrêts sont articulés autour de quelques principes ou axiomes qui puissent leur conférer une cohérence. Autrement dit, ils sont assimilés à un discours doctrinal régulier auquel ils s'agrègent ; tandis que sont marginalisés ceux qui – présentés comme des anomalies – en rompent la cohérence. Si la conception donnée par ces auteurs aux marchés de fournitures est similaire à celle prônée par une partie de la littérature polémique¹⁶³, il n'y a pas lieu de s'en étonner. La littérature convoquée dans ce paragraphe participe de la doctrine praticienne de divulgation : elle déploie un discours savant à l'adresse des juristes praticiens. La littérature polémique procède des critiques dont le Conseil d'État a été l'objet – particulièrement à la fin de la Restauration. Les modalités d'énonciations sont spécifiques pour chacune. Cependant, des auteurs se sont illustrés concomitamment dans l'une et l'autre : tels SIREY, CORMENIN et MACAREL. Aussi il ne faut pas se les représenter comme deux littératures parallèles que le hasard aurait rapprochées. Si les ressorts en sont différents, elles mobilisent une même compréhension de l'administration – à laquelle les marchés de fournitures sont coextensifs. En s'exacerbant à la fin des années 1820, la littérature polémique a explicité ce sur quoi la littérature praticienne de divulgation s'était déjà attachée quelques années auparavant. Elle en a été en quelque sorte le *continuum* en développant les termes d'une doctrine explicitée. Sa valeur historique tient au fait qu'en s'emparant d'un sujet déjà assimilé par les administrativistes, elle se l'est appropriée à l'aide une grammaire différente – d'un style autrement plus incisif. Aussi dispose-t-on de deux corps de sources – à peu près concomitants – qui saisissent les marchés de fournitures sous deux approches différentes, en soulignant ce par quoi ils participent de l'action administrative.

¹⁶² *Id.*, t. 1 (1823), p. 652 (v^o Conseil d'État).

¹⁶³ Nous désignons cette littérature que nous avons qualifiée de polémique, et qui s'est développée à propos des controverses qui ont frappé le Conseil d'État. Cf. le chapitre 3, titre II, première partie.

192. De la littérature praticienne à la littérature polémique : emprunt et amplification d'une conception doctrinale. – Nous avons déjà rendu compte qu'à l'occasion des controverses portées sur le Conseil d'État, l'exemple tiré des marchés de fournitures a souvent été mobilisé pour défendre ou dénoncer les attributions contentieuses de cette institution¹⁶⁴. Animées par des personnalités qui furent toutes proches de la haute-administration – soit qu'elles en fissent partie, soit qu'elles fussent à son contact comme avocat aux Conseils –, les partisans du Conseil d'État n'argumentèrent pas autrement qu'en promouvant cette doctrine déjà esquissée par MACAREL¹⁶⁵, CORMENIN¹⁶⁶ – auquel l'on peut encore ajouter SIREY¹⁶⁷ et HENRION DE PANSEY¹⁶⁸ –, suivant laquelle les marchés sont associés à la marche de l'administration publique. Non pas l'administration entendue au sens large et qui comprend tout à la fois : la conservation et la promotion des intérêts publics ; la surveillance des institutions placées sous sa tutelle ; et la gestion des biens domaniaux de l'État. C'est au premier aspect de cette définition que les marchés de fournitures sont liés, par opposition aux baux administratifs qui s'attachent aux deux derniers de ces aspects. S'il est inutile d'y revenir, il faut rappeler que l'amplification de cette doctrine – *via* les débats parlementaires et la publication d'ouvrages polémiques – a saisi des fils discursifs qui, pour être tenus, avaient déjà été exprimés dans ces répertoires. C'est dans ces ouvrages que nous trouvons les premières formulations de la distinction État-administrateur/État-propriétaire, autour de laquelle s'organise la répartition des compétences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. Inscrite en filigrane dans les doctrines de MACAREL et CORMENIN, certains parlementaires se la sont appropriée pour soutenir leurs argumentations. Ce faisant ces derniers en ont systématisé la tournure pour étayer une certaine représentation de l'administration largement inspirée des auteurs précités. Ce n'est pas que ces orateurs fussent parvenus à exprimer ce dont certains, avant, n'étaient parvenus à rendre compte qu'avec maladresse. C'est – pensons-nous – l'intensité des controverses qui a conduit les protagonistes à en préciser la valeur, afin d'employer les contrats administratifs à la promotion du contentieux administratif. Dans les répertoires, cette distinction trouve une fonction didactique ; dans les débats parlementaires, elle revêt une portée dogmatique en véhiculant des intentions portées à défendre la compétence juridictionnelle du Conseil d'État. En évoluant d'une situation à une autre, son usage a influé sur sa formulation qui devint plus catégorique. C'est par ce biais qu'elle s'est articulée à la distinction État-administrateur/État-propriétaire, formalisée *via* les débats parlementaires de la Monarchie de Juillet sur le Conseil d'État.

¹⁶⁴ Cf. les chapitres 2 et 3, titre II, première partie.

¹⁶⁵ Cf. son ouvrage intitulé : *Des tribunaux administratifs* (1828).

¹⁶⁶ Cf. son ouvrage intitulé : *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction* (1818).

¹⁶⁷ Cf. son ouvrage intitulé : *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle* (1818).

¹⁶⁸ Cf. son ouvrage intitulé : *De l'autorité judiciaire* (particulièrement à partir de la deuxième édition, 1818).

Paragraphe 2. – La distinction État-administrateur/État-propriétaire éprouvée au travers d'une acception reçue du contrat administratif

193. Les actes d'autorité et les actes de gestion : formalisation doctrinale d'une alternative à la définition classique du contentieux administratif. – Au soutien de la thèse niant l'existence même du contentieux administratif, c'est le duc de BROGLIE qui – tout au long du XIX^e siècle – est cité pour être son principal procureur. Ceci parce qu'il est l'un des premiers à lui avoir donnée l'expression médiatisée qui lui manquait jusqu'alors¹⁶⁹. Un avocat à la cour, FICHES, développait une opinion assez proche de celle de BROGLIE, quoiqu'exprimée en des termes qui soulignaient davantage encore l'assimilation des actes de gestion aux actes pris par les particuliers.

Administrer, c'est (...) régler des intérêts, les protéger, les conserver pour l'utilité commune et particulière ; mais ce n'est pas *gérer*. La gestion est bornée, elle est restreinte aux choses, elle a pour objet un domaine limité et connu, elle consiste à faire des actes privés, simples, qui se renouvellent sous la même forme, souvent avec les mêmes personnes, et qui ne sauraient être rangées dans la catégorie des actes administratifs. Administration et gestion referment des idées différentes, ont pour objet un ordre de choses également différent, et les actes qui en découlent ne peuvent, par conséquent, être assimilés entr'eux. (...) L'*acte de gestion* n'est pas un *acte d'administration*, et *vice versa*¹⁷⁰.

Cette définition correspond moins à une analyse impartiale et objective, qu'à l'adéquation d'une thèse doctrinale à une cause partisane (sans aucun sous-entendu dépréciatif). Dans cette configuration, les actes de gestion renvoient à tous ceux pour lesquels la compétence judiciaire est appelée.

Les actes de gestion ne présentent pas les mêmes caractères : ce sont des baux, des ventes, des concessions, des échanges du domaine de l'État ; des marchés de fournitures, de travaux publics, des dommages causés aux particuliers, par les agens de l'administration. Dans tous ces actes, il n'y a rien d'administratif ; on y règle bien des intérêts, mais librement, par *convention*, tandis que, dans les actes administratifs, c'est par *autorité*, au nom de l'intérêt public. Dans les actes de gestion, ce sont des intérêts privés en lutte avec des intérêts privés¹⁷¹.

Cette partition des actes de l'administration ne procède pas d'une observation plus rigoureuse que celle promue par les partisans du Conseil d'État. À l'instar de ces derniers, ce parti pris est un argument dont les tenants et les aboutissants sont tout indiqués par la thèse qu'il étaye. En l'occurrence – la négation d'un contentieux administratif et, corollairement, la soustraction d'un certain nombre de compétences

¹⁶⁹ [BROGLIE Victor (de)], « Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, contenant un examen critique de l'organisation de la justice administrative et quelques vues d'amélioration ; par L. A. MACAREL avocat à la cour royale de Paris, ancien avocat aux conseils du Roi et à la Cour de cassation », in *Revue française* 1828, VI, p. 65-66.

¹⁷⁰ FICHES, *Du Conseil-d'État et du contentieux administratif*, Paris, Renard, 1830, p. 24.

¹⁷¹ *Id.*, p. 25.

administratives au profit du juge judiciaire. Bien que minoritaire au sein des chambres, cette doctrine n'eut de cesse d'être défendue. Si bien qu'en 1849, lors du vote de la loi organique sur le Conseil d'État, VIVIEN l'indiquait encore parmi les trois en lice : « *Les uns assimilent le contentieux administratif aux procès ordinaires, et prétendent en saisir les tribunaux civils, comme des contestations qui s'agitent entre les citoyens* »¹⁷².

194. Les actes d'autorité et les actes de gestion : une conception alternative constamment réprouvée dans les débats parlementaires sur le Conseil d'État.

– Après le duc de BROGLIE, la distinction entre les actes de gestion et les actes d'autorité s'est articulée à une certaine conception des contrats de l'administration. Celle-ci fut systématiquement employée par ceux qui – sous la Monarchie de Juillet – s'efforcèrent de réduire, voire de nier la compétence juridictionnelle du Conseil d'État¹⁷³. Quoique peu fréquentes, les interventions en ce sens parsèment les débats parlementaires – telle par exemple l'allocution du député BAVOUX.

Le pouvoir exécutif administrant les intérêts communs, blesse un intérêt particulier. Un de ses agents attaque un droit privé ; un fournisseur, un contractant, n'accomplissent pas les conditions d'un marché, d'une adjudication : sous le prétexte de contentieux administratif, l'administration ne doit pas pouvoir s'en emparer indéfiniment ; elle pourra bien lever l'entrave, forcer l'exécution si elle la croit nécessaire ; mais le droit au fond, s'il est contesté, devra être plaidé devant l'autorité judiciaire, juge commun de tous¹⁷⁴.

Pour être systématiquement combattu par les partisans d'une justice administrative, ce point de vue fut constamment défendu – quoique de manière clairsemée. Il ne faut donc pas en exagérer l'importance. Toutefois, c'est un peu comme si cette opinion fut virtuellement et continuellement présente dans les débats : diffuse, présente aux esprits, sa réfutation donne aux plaidoyers pour une justice administrative, l'occasion de se déployer – voire même les force à s'énoncer avec une vigueur inédite. Rapporteur d'un projet de loi relatif au Conseil d'État, le député VATOUT a critiqué de front cette distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion :

Il y a contention toutes les fois qu'il s'élève des difficultés au sujet d'un acte administratif. (...) Mais il en est de deux natures, des actes

¹⁷² *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale. Exposés des motifs et projets de lois présentés par le Gouvernement ; rapports de MM. les Représentants*, Paris, Panckoucke, 1849-1851 (17 vol.), t. 7 (1849), p. 148 (rapport fait au nom de la commission chargée de préparer un projet de loi sur le Conseil d'État ; séance du 10 janvier 1849). « *Les autres proposent d'en donner le jugement à des juridictions spéciales, entièrement indépendantes et distinctes de l'administration, constituées comme les juridictions ordinaires, soumises aux mêmes formes et entourées des mêmes garanties. Les troisièmes soutiennent que l'administration seule doit résoudre les difficultés que soulève son action, les rattachent à la responsabilité ministérielle, et admettent seulement que certaines précautions soient prises pour protéger les citoyens contre un arbitraire trop absolu* » (*ibid.*).

¹⁷³ À cet égard, nous renvoyons à l'ouvrage du professeur PACTEAU : *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle* (Paris, P.U.F., 2003).

¹⁷⁴ MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, t. 75 (1890), p. 131 (Chambre des députés, séance du 10 février 1832).

d'*administration* et des actes de *gestion*. *Administrer*, c'est régler des intérêts, les protéger, les conserver pour l'utilité commune et particulière ; *gérer*, c'est passer des actes, des baux, des ventes, des concessions, des échanges, de marchés de fournitures ou de travaux publics ; c'est connaître des dommages causés à la propriété par les agents de l'Administration ; c'est régler des pensions, *etc., etc.*

Eh bien, nous dit-on, tous les actes de gestion qui se font au nom de l'État, toutes les actions possessoires ou réelles qui ont pour objet la propriété et les droits qui en dépendent, renvoyez-les aux tribunaux ordinaires ! Non, nous ne voulons détacher du conseil d'État aucune de ses attributions actuelles¹⁷⁵.

Cet orateur indique par là que les actes de gestion ne doivent pas être conçus comme étant tous de même nature. Certains d'entre eux seraient liés à l'État en tant qu'il se fait administrateur, si bien qu'ils relèvent nécessairement de la juridiction administrative.

[Dans les contentions justiciables du Conseil d'État], l'État y figure non comme propriétaire de ses domaines, ou comme exerçant des actions civiles, mais comme le conservateur de [l']ordre social et public. (...) L'administration ne peut être traduite en cette qualité devant l'autorité judiciaire¹⁷⁶.

La thèse favorable à l'autorité judiciaire et étayée sur la distinction entre les actes d'administration (ou d'autorité) et les actes de gestion, eut si peu d'audience qu'elle ne parvint pas à empêcher que les débats parlementaires ne glissent – sous la Monarchie de Juillet – vers une autre alternative : ou bien conserver au Conseil d'État une fonction formellement consultative pour le contentieux administratif ; ou bien lui octroyer une juridiction souveraine sur ces affaires. Ainsi les controverses portèrent-elles sur la distinction entre les matières administratives et les matières contentieuses, suscitant des débats différents. Ce faisant, la distinction État-administrateur/État-propriétaire fut souvent mobilisée pour rappeler la nécessité d'une justice administrative avant même d'en envisager l'aménagement¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *Id.*, t. 113 (1906), p. 653 (Chambre des députés, séance du 30 juin 1837).

¹⁷⁶ *Id.*, p. 646.

¹⁷⁷ C'est au comte Joseph-Marie PORTALIS (fils aîné de Jean-Étienne-Marie PORTALIS, corédacteur du Code civil), rapporteur devant la Chambre des pairs, que nous devons la plus brillante expression de la thèse de l'État-administrateur et l'État-propriétaire : « *Il est des questions dont la solution intéresse au plus haut degré le jeu libre et nécessaire des rouages de l'administration, l'action du gouvernement, la vie du corps politique. Les tribunaux ne peuvent point en connaître : l'État y figure non comme propriétaire de ses domaines, ou comme exerçant des actions civiles, mais comme le conservateur de cet ordre social et public qui a nécessité la distinction des compétences, la tutelle administrative des communes et des établissements publics, la levée des contributions, l'ouverture des routes et des autres moyens de communication et de transport. L'administration qui le représente ne peut être traduite, en cette qualité, devant l'autorité judiciaire ; elle ne peut relever que d'elle-même dans la sphère de ses attributions. (...) L'administration ne cesse point d'administrer, même lorsqu'elle statue sur des matières contentieuses* » (*id.*, t. 85 (1893), p. 724-725 ; Chambre des pairs, séance du 25 janvier 1834). Dans la littérature administrative du XIX^e siècle, son nom est très régulièrement attaché à cette thèse. Le ministre des travaux publics – Pierre DUMON – attesta du rôle fondamental joué par PORTALIS dans la promotion de cette « *doctrine [qu'il] a si habilement et si fortement établie dans le rapport qu'il a présenté [en 1834], doctrine dont le succès peut lui être justement attribué* » (*in* *Moniteur universel* 1845 (9 mai), n° 129, p. 1247, 3^e col. ; Chambre des pairs, séance du 8 mai 1845).

195. La consécration par les débats parlementaires de la distinction État-administrateur/État-propriétaire. – Sous la Restauration, les débats parlementaires portèrent sur la constitutionnalité du Conseil d'État et sur la légalité de ses attributions contentieuses. Aussi les arguments développés de part et d'autre visèrent-ils à définir le contentieux administratif par contraste avec le contentieux judiciaire, ou bien à le nier catégoriquement. Les partisans de la juridiction contentieuse du Conseil d'État insistèrent pour que l'administration pût réguler elle-même sa propre action – sauf à abdiquer son indépendance vis-à-vis de l'autorité judiciaire. D'où le succès de l'aphorisme explicité par HENRION DE PANSEY : « juger l'administration, c'est encore administrer ». Plus tard sous la Monarchie de Juillet, un député – Pierre DUMON – en fit voir les tenants et les aboutissants avec une profonde acuité.

L'indépendance de l'administration n'est pas une prérogative instituée dans l'intérêt des administrateurs. Elle appartient à la société tout entière ; elle lui appartient surtout dans les pays où, à l'aide des institutions représentatives, la société influe sur son gouvernement. La législation, la politique, l'administration, doivent s'y pénétrer de l'opinion publique, et la reproduire en quelque sorte dans tous leurs actes. Proposerait-on d'immobiliser son influence sur la législation et sur la politique dans des chambres inaccessibles à tout renouvellement ? Est-il plus raisonnable d'immobiliser son influence sur l'administration dans un tribunal qui ne relèverait que de lui-même, au lieu de la laisser au Gouvernement qui relève de la société et de ses représentants ?¹⁷⁸

En persuadant que l'indépendance de l'administration tenait moins à un privilège exorbitant qu'à la nature constitutionnelle du régime, il s'attacha à en démontrer l'opportunité. « *La juridiction judiciaire et la juridiction administrative ne sont pas de même nature* »¹⁷⁹. La seconde n'est pas instituée pour dire le Droit à l'instar de la première, mais pour réguler l'action administrative en conciliant « *à la fois l'intérêt public et les intérêts privés* »¹⁸⁰. Car alors il s'agit de gagner la confiance de l'administration en l'encadrant d'une institution qui en empruntant les caractères, jouisse d'une autorité acceptée.

Un conseil, tout à fait étranger au maniement des affaires, qui n'a ni engagement ni parti pris sur les questions qu'il doit résoudre, qui peut rechercher la vérité sans avoir à payer d'aucun sacrifice d'opinion ou d'amour-propre la satisfaction de la découvrir et de la proclamer, ce conseil est admirablement placé pour préparer les décisions de la juridiction administrative. Et non-seulement l'administration peut les accepter sans hésitation ; elle peut y concourir sans inquiétude. Elle comparaitrait avec défiance devant un tribunal souverain qui serait son supérieur et qui pourrait devenir son maître ; elle fermerait tout accès à une investigation trop pénétrante, qui, en ne recherchant que la justice, pourrait cependant arriver à

¹⁷⁸ *Moniteur universel* 1843 (7 juillet), n° 188, supplément p. vij, 3^e col. (Chambre des députés, séance du 6 juillet 1843).

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

la domination. Mais elle se confie à un conseil de même nature qu'elle, et à qui l'usurpation est impossible : aussi, (...) le Gouvernement dans l'exercice de sa juridiction administrative, accepte sans réserve l'influence du conseil d'État, et le conseil d'État n'a pas fait une seule entreprise sur l'indépendance de l'administration¹⁸¹.

Sous la Monarchie de Juillet, les débats parlementaires se fixèrent plutôt sur l'organisation du Conseil d'État, son existence même n'étant plus sérieusement controversée. Si ses attributions contentieuses furent l'un des points les plus disputés dans les chambres, ce ne fut pas tant pour les rapporter au contentieux judiciaire, que pour opter entre une justice *retenue* ou une justice *déléguée*. La distinction État-administrateur/État-propriétaire servit de clef de voûte à chacune de ces deux thèses. Avec le déplacement des enjeux, celle-ci, d'une idée disputée sous la Restauration, devint sous la Monarchie de Juillet un point de convergence autour duquel les protagonistes articulèrent leurs divergences. En aidant à exprimer le vœu presque unanime d'une justice administrative, elle permit aux protagonistes de dessiner les contours de leurs oppositions.

- 196. Une appréhension des marchés de fournitures orientée à corroborer la distinction État-administrateur/État-propriétaire.** – En signalant la différence qui distingue les controverses de la Restauration et celles de la Monarchie de Juillet, il faut voir comment la compétence administrative pour les marchés de fournitures fut appréhendée. Avant les années 1830, ces contrats ont été présentés – par les partisans du Conseil d'État – comme un vecteur de l'action administrative dont leur contentieux dût ressortir à l'autorité administrative. Sous la monarchie orléaniste, la majorité des parlementaires qui se sont exprimés sur ce sujet ont également adhéré à cette doctrine formulée en 1818 par SIREY et – plus explicitement encore – par CORMENIN. Les marchés de fournitures participent nécessairement de l'action administrative tant que dure leur exécution, placée en ceci sous la direction attentive de l'administration. Une fois consommés, ils cessent d'incarner l'intérêt général car il ne s'agit plus que de liquider le solde. Cette approche est devenue si classique que plusieurs y ont recourus pour l'employer à leurs thèses respectives – au soutien d'une justice administrative *retenue* ou *déléguée*. Cela dit, l'usage qu'ils en firent fut sensiblement différent de lorsqu'il fut question de défendre la justice administrative face à ses contempteurs sous la Restauration. Les uns soulignèrent la dissociation entre exécution et liquidation, afin de mettre en exergue la nécessité de soumettre leur contentieux pécuniaire à un juge impartial. Les autres arguèrent de l'artificialité de cette distinction, pour conserver le contentieux contractuel au pouvoir exécutif. Pour résumer les différentes conceptions développées à leur sujet, indiquons les quatre formes de discours qui s'y rapportent. De manière très marginale, certains

¹⁸¹ *Ibid.*

persistèrent à n'y voir que des contrats du droit commun¹⁸². Plus conciliant avec la distinction État-administrateur/État-propriétaire, quelques-uns des parlementaires favorables à la juridiction judiciaire concédèrent la nécessité de placer leur exécution sous le contrôle de l'administration, pour reléguer le contentieux indemnitaire aux tribunaux – tels BAVOUX (précité)¹⁸³ ou LA ROCHEFOUCAULD¹⁸⁴. Ce fut encore l'opinion consacrée par la commission BROGLIE¹⁸⁵. D'aucuns – comme le conseiller d'État VILLOT DE FRÉVILLE – s'insurgèrent contre cette option. Elle compliquerait la gestion des différends en soumettant les marchés litigieux à des interprétations divergentes, selon qu'ils le soient par l'administration ou par les tribunaux.

¹⁸² Sauf erreur de notre part, aucun parlementaire n'a rigoureusement exprimé cette opinion. Cela dit nous en trouvons un témoignage sous la Monarchie de Juillet dans l'ouvrage d'un magistrat judiciaire – président du tribunal civil de Nantes – Hyacinthe COLOMBEL : *De la juridiction administrative en France* (op. cit., 1840).

¹⁸³ Cf. en outre du même auteur : *Conseil d'État, Conseil royal, Chambre des Pairs, vénalité des charges, duel et peine de mort*, Paris, Aillaud, 1838, p. 59 sq.

¹⁸⁴ Cf. LA ROCHEFOUCAULD Gaëtan (de), *Des attributions du Conseil d'État*, Paris, Tétot frères, 1829, p. 95.

¹⁸⁵ Peu de temps après les Journées de Juillet, une ordonnance du 20 août 1830 organisa une commission « chargée de préparer un projet de loi sur la réforme à introduire dans l'organisation et les attributions du conseil-d'état » (*Bulletin des lois* 1830 (série 9, 2^e partie), n° 4, p. 53). Initiée par le duc de BROGLIE – président du Conseil d'État et ministre de l'instruction publique –, il en explicita les mobiles dans un rapport adressé au roi et publié avec ladite ordonnance (*Moniteur universel* 1830 (22 août), n° 254). Ses réflexions donnèrent lieu à l'un des projets de loi les plus étendus sur le Conseil d'État (deux cent quarante-six articles). En présidant ladite commission, celui-là défendit tout d'abord l'opinion développée dans son article précité (1828). Le secrétaire de cette commission nous le rapporte dans les procès-verbaux : le président « pense que lorsque les Ministres passent des marchés avec des particuliers, ils sont dans la même catégorie que les simples citoyens, c'est là surtout qu'ils agissent comme intendans d'une grande maison. Il n'y a pas dans ce cas question de Gouvernement ; les différends qui peuvent résulter de ces marchés sont donc à priori et sauf les exceptions que la discussion pourra amener dans le droit commun » (Archives nationales : BB/30/725, pièce 34, p. 21). Cependant, après les échanges qui s'ensuivirent, le même concède une thèse plus conciliante et assez similaire à celle de BAVOUX ou le duc de LA ROCHEFOUCAULD : le président « approuve la distinction établie par l'un des membres entre les marchés en voie d'exécution, et ceux qui sont terminés. Il croit également qu'il serait bon de réserver comme droit commun la juridiction des Tribunaux, mais en laissant, comme on l'a proposé, aux Ministres, ou aux entrepreneurs, la faculté de réclamer dans les marchés, d'être jugés administrativement ou par arbitres. D'ailleurs, l'examen qui vient d'être fait de cette matière laisse voir suffisamment quelle (sic) est du nombre de celles qui seraient mises avec avantage à un Tribunal du contentieux administratif, tel que le réclament de très bons esprits, et que la précédente commission, l'avait proposé, s'il résulte toutefois de l'entier examen des attributions contentieuses du conseil, qu'il y ait lieu d'en établir un » (id., p. 25). Le projet de loi dit VATIMESNIL qui résulta des travaux de cette commission, fit écho à cette thèse : dans un chapitre consacré aux « Décisions ministérielles en matières contentieuses », la première section envisage « la compétence des ministres en matière de marchés, fournitures et travaux publics ». Nous reproduisons *in extenso* les articles y afférents, car l'accès au document est malaisé : « Article 42 : Toutes contestations, difficultés, ou demandes relatives aux marchés passés entre les ministres ou les agents ayant pouvoir de traiter en leur nom, et des fournisseurs ou entrepreneurs de services, seront décidées comme il suit. / Article 43 : Tant que le marché sera en voie d'exécution, le ministre statuera, sauf le recours des parties devant le conseil d'état, par la voie contentieuse. / Article 44 : Après l'exécution du marché, et lorsqu'il s'agira de la liquidation définitive, les contestations qui s'élèveront (sic) sur cette liquidation seront portées devant les tribunaux ordinaires, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu entre le ministre ou l'agent ayant pouvoir de traiter en son nom, et le fournisseur ou entrepreneur. Il pourra être stipulé que les contestations auxquelles la liquidation donnera lieu seront en tout ou en partie soumises : Soit à la décision du ministre ; Soit à celle d'un conseil de préfecture, sauf, dans ces deux cas, recours devant le conseil d'état par la voie contentieuse ; Soit au jugement d'arbitres, sauf les recours autorisés par les codes, et sans préjudice de la faculté de renoncer à ces recours conformément à la loi ; Soit à celui d'un tribunal désigné par les parties » (Archives nationales : BB/30/725, pièce 86, p. 13).

On a proposé (...) de laisser à la juridiction administrative le soin de prononcer sur les contestations provisoires qui pourraient s'élever à l'occasion d'un marché en cours d'exécution, en réservant aux intéressés le droit de former après leur accomplissement une demande en dommages-intérêts qui serait jugée par les tribunaux ordinaires. Mais ces contestations provisoires et cette demande définitive porteraient sur le même objet, l'exécution des clauses du contrat ; elles se trouveraient deux fois, et peut-être en sens contraire, interprétées par l'autorité administrative et par l'autorité judiciaire ; ce ne serait qu'ajouter un nouvel inconvénient à tous ceux du système qui tend à confondre le contentieux administratif avec les affaires régies par le droit commun¹⁸⁶.

197. Tout aussi soucieux de laisser l'administration maîtresse de leur exécution, d'autres parlementaires suggérèrent de confier le contentieux indemnitaire à un tribunal administratif indépendant – ou bien à une section du Conseil d'État qui statuât souverainement. BOISSY D'ANGLAS en donne une illustration (1834) :

Citons ici quelques exemples, et les exemples les plus avantageux à l'opinion que je combats. Des compagnies ont pris l'engagement de pourvoir aux besoins de l'armée ; mais cet engagement est si mal accompli qu'il doit en résulter les conséquences les plus funestes. Alors qu'arrivera-t-il ? le marché est résilié *ipso facto*, et il est pourvu aux nécessités du service aux frais de ces mêmes compagnies. Tout ce que ces compagnies peuvent demander, tout ce qu'elles peuvent obtenir de l'autorité la plus favorable à leurs prétentions, c'est uniquement des dommages-intérêts. (...)

Que deviennent, dès lors, les craintes qu'inspire un tribunal administratif rendu inamovible et indépendant ? En supposant même qu'infidèle à ses devoirs, que n'écoulant qu'une aveugle envie de nuire à l'administration publique, il s'étudiât à multiplier autour d'elle les difficultés et les obstacles, peut-on admettre que le succès couronnât ses efforts, et n'est-il pas palpable que, dans l'hypothèse presque inadmissible où des magistrats choisis par le gouvernement parmi des fonctionnaires éprouvés dans leur zèle et dans leur savoir, se constitueraient ses adversaires, n'est-il pas palpable qu'ils parviendraient seulement à lui faire subir le préjudice de dommages-intérêts et d'indemnités plus élevées que l'équité n'aurait pu le prétendre ?¹⁸⁷

Quelques années plus tard, le député VATOUT se prononçait dans le même sens (1837) :

Les *marchés* ont un double caractère (...); ou ils sont en cours d'exécution, ou ils ont reçu leur exécution entière. Dans le premier cas, s'il s'agit, par exemple, de l'approvisionnement d'une armée, on sent tout ce qu'il y a d'important à ce que l'autorité ait les moyens d'assurer un service d'où peut dépendre quelquefois le salut de l'État ; il a donc fallu laisser au ministre le droit de prononcer lui-même sur toutes les contestations, d'apprécier les lenteurs, de punir la mauvaise volonté, de remplacer immédiatement le fournisseur qui mettrait en péril la subsistance de l'armée, ou la sûreté du territoire. Les plus hautes considérations commandent que les marchés en cours d'exécution soient remis au service ordinaire du conseil d'État en assemblée générale ; en ce cas, juger, c'est administrer. Mais une

¹⁸⁶ MAVIDAL Jérôme & LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860...*, *op. cit.*, t. 86 (1893), p. 33 (Chambre des pairs, séance du 29 janvier 1834).

¹⁸⁷ *Id.*, t. 86 (1893), p. 30 (Chambre des pairs, séance du 29 janvier 1834).

fois que le marché a reçu sa complète exécution que reste-il ? Un simple contrat ; il ne s'agit plus que de savoir ce que l'État redoit à l'entrepreneur, ou l'entrepreneur à l'État ; or, par une juste application de cette vieille maxime qu'on ne peut à la fois être juge et partie dans sa propre cause, l'équité veut que le litige survienne à l'occasion du marché consommé, soit *jugé* par un corps indépendant, par la section de justice administrative¹⁸⁸.

198. Enfin, d'aucuns préférèrent confier tous les aspects du contentieux contractuel à l'autorité administrative. Suivant l'opinion de VILLOT DE FRÉVILLE (en 1834) et DUMON (en 1843), confier l'exécution à l'autorité administrative et le contentieux indemnitaire à un juge indépendant, ce serait souffrir les mêmes risques dénoncés au sujet de la compétence judiciaire (deuxième thèse). Parmi les thèses les plus disputées – les deux dernières –, il est peu étonnant que ce fût celle attachée à la justice déléguée qui fut le plus attachée à distinguer l'exécution de la liquidation. L'exécution renvoyant à des décisions administratives provisoires, la liquidation s'achevant *in fine* par des décisions rendues par une juridiction hors de tout soupçon. Cette perspective permet d'introduire pour le contentieux indemnitaire un juge impartial, tout en admettant que les fournisseurs s'associent à la marche des services publics en supportant toutes les contraintes – notamment en se soumettant au pouvoir de direction de l'administration pour l'exécution de ses marchés. Autrement dit cette dissociation aide à rapprocher l'idée de l'État-administrateur (fondement doctrinal de la justice administrative), avec l'organisation d'un procès où les juges ne puissent être soupçonnés d'aucune partialité. Lorsque l'avocat et député FONTETTE se prononce pour la compétence de l'autorité administrative en matière de fournitures, il glisse allusivement sur ce sujet à l'inverse de ses adversaires, partisans d'une justice administrative *délégée*. Il lui importe davantage que les décisions du ministre soient soumises à un organe qui participe de l'esprit de l'administration, de telle sorte que le contentieux pécuniaire soit tranché avec la même intelligence.

[Pour] les intéressés qui ont volontairement traité avec l'administration, (...) on laisserait subsister la juridiction administrative, non pas que, s'il s'agissait de rapports entre particuliers, il ne pût sembler étrange que l'un des contractants eût remis à l'autre le soin d'apprécier les difficultés qui pourraient s'élever entre eux ; mais je conçois toutefois que le consentement de la partie, joint aux motifs d'intérêt public qui peuvent exiger que l'État ne se dessaisisse pas de l'exécution de ses marchés légitime la compétence de l'autorité administrative pour cette première et importante catégorie d'affaires¹⁸⁹.

199. **Des marchés de fournitures saisis différemment au travers des débats parlementaires sous la Monarchie de Juillet.** – Mobilisés assez différemment selon la thèse défendue, les marchés de fournitures ont été liés à une définition du contentieux administratif (débatues dans le cadre d'une loi sur le Conseil d'État)

¹⁸⁸ *Id.*, t. 113 (1906), p. 652 (Chambre des députés, séance du 30 juin 1837).

¹⁸⁹ *Moniteur universel* 1845 (25 février), n° 56, p. 419, 3^e col. (Chambre des députés, séance du 24 février 1845).

dont celle proposée par VIVIEN est un exemple emblématique¹⁹⁰. Celles des tentatives pour en proposer une définition générique ont incidemment oblitéré les spécificités jusqu'alors attachées aux marchés de fournitures. VIVIEN s'évertua à caractériser la juridiction administrative pour la distinguer de la juridiction gracieuse de l'administration et de la juridiction judiciaire¹⁹¹. Aussi fut-il conduit – suivant l'inclination prise dans son raisonnement – à appréhender les marchés comme générant des droits contractuels ; c'est-à-dire à ne pas insister sur ce qui les associe à l'action administrative. « *Le contentieux administratif (...) n'est ni un contentieux judiciaire, dérobé aux tribunaux civils, ni le règlement discrétionnaire de simples intérêts, détourné de l'administration pure* »¹⁹². À l'instar du député Désiré DALLOZ peu avant lui¹⁹³, il mit l'accent sur les droits pécuniaires des contractants de l'administration qui ne peuvent jamais que lui réclamer des dommages-intérêts. Tout en combattant la thèse favorable aux tribunaux judiciaires¹⁹⁴, il distingua la compétence juridictionnelle de la justice administrative du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative :

Le contentieux administratif se compose de toutes les réclamations fondées sur la violation des obligations imposées à l'administration par les lois qui la régissent ou par les contrats qu'elle souscrit ; ainsi (...) tout contrat passé par l'administration [peut ouvrir à un débat contentieux] si quelque contestation s'élève sur le sens ou l'exécution de ses clauses¹⁹⁵.

Cet auteur – qui développa encore ses opinions dans ses *Études administratives*¹⁹⁶ – privilégia une approche qui fit mieux voir les avantages de la justice déléguée sur la justice retenue. Ce faisant il identifia le contentieux contractuel à un contentieux indemnitaire pour indiquer l'inanité des préventions faites à l'encontre d'une justice administrative déléguée. S'il développa des idées nullement contestées par ses contemporains, il insista ce faisant sur un point de vue essentiellement contentieux

¹⁹⁰ Au sujet de Alexandre-François-Auguste VIVIEN (1799-1854), voir les notices biographiques que lui consacrent le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004) et le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi que la thèse de doctorat du professeur PIROTTE (*Alexandre-François-Auguste VIVIEN DE GOUBERT (1799-1854) : contribution à l'étude d'un libéral autoritaire*, 1972).

¹⁹¹ À l'inverse, les partisans de la justice retenue se sont attachés à démontrer, comme nous l'avons déjà dit, que le contentieux administratif n'a rien de similaire avec le contentieux judiciaire, ni même avec un procès quelconque. Résoudre un litige administratif, ce n'est rien d'autre que poursuivre l'administration par d'autres moyens. Le garde des sceaux MARTIN DU NORD – contemporain de VIVIEN – l'exprima sans équivoque lorsqu'il présenta le projet de loi relatif au Conseil d'État devant la Chambre des députés en 1843 (*Moniteur universel* 1843 (28 avril), n° 118, p. 942, 2^e col. ; Chambre des députés, séance du 26 avril 1843).

¹⁹² VIVIEN Alexandre-François, « Le Conseil d'État », in *Revue des deux mondes* 1841, IV, p. 605.

¹⁹³ *Moniteur universel* 1840 (24 juin), n° 176, p. 1543, 1^{re} col. (Chambre des députés, séance du 10 juin).

¹⁹⁴ VIVIEN Alexandre-François, « Le Conseil d'État », in *Revue des deux mondes* 1841, IV, p. 604.

¹⁹⁵ *Id.*, p. 608.

¹⁹⁶ VIVIEN y reprend ses deux articles de la *Revue des deux mondes*, sans rien presque n'y changer (cf. *Études administratives*, Paris, Guillaumin, 1845 (1^{re} éd.), p. 276 sq.). Il trouva également à développer cette doctrine du contentieux administratif lorsqu'il fut rapporteur de la commission chargée d'examiner le projet de loi organique du Conseil d'État, sous la Deuxième République (*Compte-rendu des séances de l'Assemblée nationale...*, op. cit., t. 7 (1849), p. 146 sq. ; séance du 10 janvier 1849).

depuis lequel les marchés administratifs ont été réduits à des droits contractuels établis de part et d'autre entre les parties. Il jeta une équivoque sur la nature de l'État contractant, de sorte que l'on pût interpréter ses propos comme l'assimilant ou bien comme l'État-administrateur, ou bien l'État-propriétaire.

J'admets, comme on l'a souvent répété, que l'état, dans les contestations dont se compose le contentieux administratif, ne peut être considéré comme une partie, dans le sens ordinaire et usuel de ce mot. Je consens à ne voir en lui, ainsi qu'on l'a dit encore, que « *le pouvoir public agissant comme conservateur de l'ordre social et non comme propriétaire de ses domaines, ou comme exerçant des actions civiles* ». Mais le pouvoir public qui s'appelle l'administration, n'est pas au-dessus des lois. (...) Les contrats qu'il passe ne sont pas moins impérieux pour lui : il ne peut être admis à décider lui-même quels sont les droits qu'il tient de ces lois ou de ces conventions. Les unes et les autres ont pour objet de restreindre ou de régler son action, d'introduire des garanties contre ses abus, des précautions contre ses erreurs ; il n'y a qu'une autorité impartiale et indépendante qui puisse en assurer l'exécution. Cette autorité se trouve dans une juridiction¹⁹⁷.

200. Ce glissement de perspectives, adopté en rapport avec la thèse à défendre et celle à réprouver, a contribué à ce que d'aucuns assimilent ultérieurement les marchés à des contrats du droit commun tout en revendiquant (indûment) l'autorité doctrinale de VIVIEN¹⁹⁸. Ne s'agirait-il pas dans ce contentieux que d'interpréter les stipulations contractuelles ? Si ce dernier concevait tout à fait la nécessité d'apprécier le droit administratif sous un biais favorable à l'intérêt public¹⁹⁹, le député Odilon BARROT – par exemple – tourna dès 1845 cette équivoque à son avantage.

Ainsi, s'agit-il d'un contrat passé entre l'État et tel ou tel fournisseur, tel ou tel entrepreneur, tel ou tel individu qui contracte avec l'État, y a-t-il une appréciation discrétionnaire ? Mais la justice exclurait l'appréciation discrétionnaire ; il n'y a pas deux manières d'interpréter un contrat et d'en dégager la volonté des parties, pas plus quand l'État est une de ces parties que quand c'est tout autre individu.

Il n'y a pas une justice pour l'État, une justice pour les particuliers, un droit pour les uns, un droit pour les autres. L'opération est la même. Qu'est-ce que les parties ont voulu ? Rechercher loyalement et consciencieusement l'intention des parties ; ne jamais substituer la volonté du juge à la volonté des parties. Que vous appeliez ce juge un magistrat de l'ordre civil, que vous le preniez dans le conseil d'État, du moment où il ne peut substituer sa volonté à celle des parties, où il ne crée pas le droit, il n'y a aucune appréciation discrétionnaire. Il est juge ; car il statue sur un droit²⁰⁰.

Quelques années auparavant, un publiciste – Alphonse de PISTOYE – voyait même dans la distinction entre l'exécution et le contentieux des marchés une vue d'esprit inopportune, en cela qu'elle jetait le trouble sur la véritable nature du contentieux contractuel. Tout en reconnaissant qu'un tribunal administratif indépendant ne dût

¹⁹⁷ VIVIEN Alexandre-François, « Le Conseil d'État », in *Revue des deux mondes* 1841, IV, p. 614.

¹⁹⁸ Cf. le chapitre 3, titre IV, première partie (spéc. le § 260).

¹⁹⁹ *Id.*, p. 626.

²⁰⁰ *Moniteur universel* 1845 (1^{er} mars), n° 60, p. 464, 1^{re} col. (Chambre des députés, séance du 28 février 1845).

jamais apprécier les mesures d'exécution, laissées à la discrétion de l'administration, il craignait que ce luxe doctrinal ne fît perdre de vue que ce contentieux réclamait – plus que tout autre peut-être – un juge indépendant des parties²⁰¹.

201. Les débats parlementaires sous la Monarchie de Juillet ont conduit à faire largement admettre la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Sa banalisation est telle qu'elle participe de tous les principaux projets sur la justice administrative, qu'elle soit *déléguée* ou *retenue*. Cela dit les controverses qui se partagèrent entre ces deux espèces de justice ont prêté les marchés de fournitures à une ambiguïté. Il y avait bien sous la Restauration des voix pour affirmer la parfaite identité entre ces marchés et les contrats de droit commun. Mais en retour leurs adversaires n'en étaient pas moins catégoriques en identifiant ces marchés aux actes administratifs, c'est-à-dire aux actes soumis à l'autorité administrative, au titre de leur subordination à l'action administrative. Sous la Monarchie de Juillet, les partisans même de la justice déléguée, affrontant non pas les tenants de la juridiction judiciaire mais ceux de la justice retenue, associèrent plus volontiers ces marchés à des contrats. C'est-à-dire des actes relativement auxquels il eût été inique de soumettre leurs litiges à un juge qui – en dernier ressort – ne fût pas impartial. Cette posture argumentative a placé les marchés de fournitures sur une ligne lourde d'équivoque. Tandis que les partisans de la justice retenue préférèrent discuter de l'appel comme d'abus, des prises maritimes ou encore de l'autorisation de poursuite contre les fonctionnaires publics, les partisans de la justice déléguée s'attachèrent plus que les précédents à l'exemple des marchés de fournitures. Le front polémique s'étant déplacé depuis la Restauration, ces contrats ont été mobilisés sous un biais sensiblement différent, qui conduisit nombre des orateurs à insister sur leur nature contractuelle plutôt que sur leur association avec l'action administrative. Ce n'est pas dire qu'ils eussent été assimilés à des contrats du droit commun. Les partisans de la justice administrative s'en sont bien défendus. D'ailleurs, leur point de vue s'inspirait parfaitement des doctrines de

²⁰¹ « Nous ne comprenons pas non plus la distinction prétendue gouvernementale qu'on a voulu faire (...) entre les marchés en cours d'exécution et ceux qui ont reçu leur exécution entière. On paraît craindre que l'intervention du Tribunal administratif dans les marchés en cours d'exécution, n'entrave la liberté ministérielle et ne mette le salut de l'État en danger. Cette crainte est sans fondement, jamais les décisions du Conseil-d'État ne peuvent empêcher un ministre de faire ou de rompre des marchés d'urgence ; les décisions du Conseil ne donnent ouverture qu'à une indemnité, dont l'époque de paiement n'est pas même fixée par le Conseil-d'État. Les arrêts du Tribunal administratif devront rester dans cette limite sous peine de recours au Roi en son conseil pour excès de pouvoir. Ainsi la distinction est oiseuse, disons plus, elle est dangereuse, car par une menace d'arbitraire elle tendrait à éloigner de plus en plus les honnêtes gens de tout traité avec l'État » ([PISTOYE Alphonse-Charles (de)], « Projet de loi sur le Conseil-d'État (quatrième article) », in *Gazette des tribunaux* 1840 (17 avril), n° 4558). Nonobstant cette divergence, cet avocat proclame sans équivoque son adhésion à la doctrine de l'État-administrateur : « Dans le contentieux administratif, s'il s'agit de droits absolus et positifs fondés sur la loi, l'État y figure, non comme propriétaire, mais comme autorité conservatrice de l'ordre public, et, sous peine de retomber dans la confusion, l'administration ne peut en cette qualité être traduite devant l'autorité judiciaire. Voilà ce qui distingue le contentieux administratif du contentieux judiciaire » (« Projet de loi sur le Conseil-d'État (premier article) », in *Gazette des tribunaux* 1840 (16 & 17 mars), n° 4531). Du même auteur, cf. une brochure sur le Conseil d'État : *Du Conseil d'État, de son organisation, de son autorité, de ses attributions* (1845).

SIREY et de CORMENIN, lesquels ont tous deux refusé un tel amalgame. Cela dit, la surface des discours les a montrés sous un aspect qui permit facilement de les rapprocher de tels contrats. C'est ce que firent les administrativistes des années 1850-1860, lorsqu'ils s'évertuèrent à assimiler les marchés à des contrats de droit commun, tout en cherchant, pour asseoir un peu plus l'autorité de leurs propos, quelques relais doctrinaux puisés dans les années 1840 – particulièrement dans l'œuvre de VIVIEN. Entre temps, les administrativistes sous la Monarchie de Juillet exacerbèrent la conception des marchés de fournitures telle qu'elle résulte de la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Si de ce point de vue ils peuvent paraître assez peu originaux, ils furent remarquables par leur disposition à en systématiser les termes, au travers d'une représentation du droit administratif plus aboutie qu'elle ne pouvait l'être à l'occasion de débats parlementaires.

Section 2. – Les contrats administratifs compris comme une extension de la distinction État-administrateur/État-propriétaire

202. Avec la généralisation d'un enseignement universitaire du droit administratif sous la Monarchie de Juillet, se multiplièrent des ouvrages que nous rattacherions à ce que nous avons appelé : la doctrine savante de systématisation²⁰². Leurs auteurs se sont évertués à saisir le droit administratif d'après une représentation qui fût cohérente. C'est en assimilant la distinction État-administrateur/État-propriétaire qu'ils appréhendèrent les contrats administratifs pour en systématiser la signification. Les réflexions afférentes aux marchés de fournitures furent mises à contribution pour penser un contentieux administratif dont la définition ne fût pas exclusive des contrats (**paragraphe 1**). Si les auteurs en question employèrent – presque tous – les contrats administratifs pour désigner ces contrats soumis à la compétence administrative, ils n'ont pas été univoques dans la manière de les comprendre avec le droit administratif. C'est peut-être en cela qu'ils doivent retenir notre attention à un point de vue historique : les différences qui les opposèrent soulignent le fait que le contrat administratif est conçu dans le *continuum* d'une certaine représentation du droit administratif (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Les contrats administratifs mis en discours à travers une représentation univoque du droit administratif

203. La réception par la doctrine administrative savante de la distinction État-administrateur/État-propriétaire²⁰³. – Qu'il s'agisse d'ouvrages généralistes ou d'ouvrages spéciaux du contentieux administratif, c'est principalement en discutant de la juridiction administrative que leurs auteurs se sont prononcés sur la nature spécifique de certains contrats de l'administration – au premier rang desquels les marchés de fournitures. C'est pourquoi il est nécessaire de rendre compte de la formalisation, par les administrativistes, de la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Les débats parlementaires – répétons-le – se sont eux-mêmes inspirés d'une doctrine formulée, notamment, au travers des répertoires précités de MACAREL, CORMENIN, FAVARD DE LANGLADE et DALLOZ. Par une espèce de retour, la littérature administrative de la Monarchie de Juillet a réceptionné la manière dont les débats parlementaires à la même époque se la sont appropriée en en vivifiant

²⁰² Cf. le chapitre 4, titre III, première partie.

²⁰³ Sur la promotion doctrinale de la distinction État-administrateur/État-propriétaire, cf. la thèse de doctorat du professeur QUIOT : *Aux origines du couple « gestion publique-gestion privée »*. Recherche sur la formation de la théorie de la gestion privée des services publics, 1992 (thèse dactylogr., université Nice-Sophia-Antipolis), p. 213 sq. ; ainsi qu'un article issu de ces travaux : « La distinction entre État-administrateur et État-propriétaire : clef du partage des compétences juridictionnelles pour les litiges administratifs en France au début du 19^e siècle » (in *Annuaire d'histoire administrative européenne* 1996, p. 65).

la valeur. Ce faisant, d'aucuns en ont systématisé les termes en l'employant à une certaine représentation du droit administratif. FOUCART & LAFERRIÈRE – les premiers à publier un cours de droit administratif, exception faite des *Institutes* de GÉRANDO – ont clairement œuvré en ce sens. Spécialement pour justifier la partition des compétences relativement aux contrats. En cela, ils ont corroboré des opinions déjà émises par GÉRANDO au début des années 1830²⁰⁴. La seconde édition de ses *Institutes* – qui paraît entre 1842 et 1846 – témoigne d'ailleurs de cette inclination conceptuelle, en rapport immédiat avec les débats relatifs au Conseil d'État et à la question subséquente du contentieux administratif²⁰⁵. Et s'il est malaisé d'établir des emprunts faits par les parlementaires aux auteurs savants du droit administratif²⁰⁶, ceux-ci se sont incontestablement intéressés aux projets de loi qui ont été débattus dans les chambres, soit par le biais de revues savantes²⁰⁷ ou d'ouvrages juridiques lorsque le cadre offrait cette latitude à l'auteur²⁰⁸. En outre, la doctrine administrative s'est illustrée – sur notre sujet – par une fécondité remarquable, à ce point que nous nous résolvons à la présenter dans toute sa pluralité. Notre propos n'est pas tant de faire la nomenclature des opinions doctrinales (relativement à la distinction État-administrateur/État-propriétaire), que de faire voir la réception doctrinale de cette distinction qui, pour avoir été largement admise, s'est compliquée d'une assimilation personnelle à chaque auteur.

²⁰⁴ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1829), p. 96 *sq.*

²⁰⁵ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 1 (1842), p. 4 *sq.*

²⁰⁶ La principale – et presque la seule – autorité doctrinale citée par les parlementaires et ministres pour étayer leurs discours, est HENRION DE PANSEY. DALLOZ, dont la situation personnelle le place à la charnière de l'espace politique et de l'édition juridique, est le seul – ou peu s'en faut – qui, d'après nos lectures, fait honneur à la science administrative en citant notamment CORMENIN et MACAREL. Quelques fois même, les parlementaires font montre d'un sentiment dépréciatif, sinon très distant à l'endroit de la doctrine. Tel Odilon BARROT, lorsqu'il évacue l'intérêt d'une définition et d'une classification du contentieux administratif : « Je crois que c'est surtout dans les livres qu'il faut s'occuper de classification ; je crois qu'elles sont dangereuses dans les lois, quand il n'en résulte rien surtout, ni garanties pour la liberté, ni sûretés pour le pouvoir ; que ce n'est qu'une vaine satisfaction abstractive, doctrinale » (*in Moniteur universel* 1845 (28 février), n° 59, p. 453, 3^e col. ; Chambre des députés, séance du 27 février 1845).

²⁰⁷ La *Revue Wolowski* (R.L.J.) a reproduit les deux rapports de DALLOZ (1840, XII, p. 86) et VIVIEN (1849, XXXIV, p. 77) sur le Conseil d'État. Certains administrativistes ont signé des articles liés à l'actualité polémique, tels FOUCART (« De la nature de l'autorité judiciaire », *in R.L.J.* 1845, XXIII, p. 433), LAFERRIÈRE (« Essai sur la compétence de la juridiction administrative », *in R.L.J.* 1845, XXII, p. 5), ou encore DUFOUR (« Du pouvoir exécutif », *in R.L.J.* 1848, XXXI, p. 131 et 321 ; XXXII, p. 28 et 193). Ces auteurs se rangent auprès d'autres juristes qui ont publié des articles dans des périodiques à large audience – la *Gazette des tribunaux* ou *Le Droit* pour l'essentiel (*cf.* par exemple le même GABRIEL DUFOUR : « Du Conseil d'État », *in Le Droit* 1848 (29 décembre), n° 305 ; 1849 (17 janvier), n° 13 ; (4 février), n° 29 ; (11 février), n° 35).

²⁰⁸ Cela est le cas du traité de contentieux de CHAUCHEAU dont l'aspect théorique, clairement assumé, lui a permis de développer des idées personnelles et de faire mention des débats parlementaires qu'il synthétisa et critiqua dans l'introduction de ses *Principes de compétence et de juridiction administrative*.

204. Le cas du professeur poitevin FOU CART²⁰⁹. – Celui-ci consacre la distinction État-administrateur/État-propriétaire dès la première édition de ses *Éléments de droit public et administratif*, sauf à en perfectionner l'expression dans les éditions ultérieures. Nous voulons dire par là qu'il adhère personnellement à cette doctrine, en même temps qu'il l'imprime de ses propres réflexions. Résolument attaché à la juridiction administrative, il fait sienne la thèse favorable à la compétence administrative – notamment en se revendiquant de l'autorité doctrinale de HENRION DE PANSEY²¹⁰ et de CORMENIN. Dans la première édition, on y lit à propos de la définition du contentieux administratif :

Si le pouvoir exécutif n'avait pas le droit de résoudre lui-même les difficultés qui entravent l'exécution des mesures qu'il a prises, il cesserait d'être *pouvoir exécutif*. (...) Obligé de se soumettre aux décisions de l'autorité qui prononcerait sur les réclamations des particuliers, il pourrait rencontrer des obstacles insurmontables à chacune des mesures qu'il voudrait prendre, et l'administration se trouverait ainsi réellement entre les mains de cette autre autorité. (...)

Aussi l'administration, n'agissant toujours que dans un intérêt général, (...) ne doit rencontrer aucun obstacle qu'elle ne puisse surmonter : de là le pouvoir de prononcer non-seulement sur les intérêts, mais encore (...) quelquefois sur les droits mêmes des particuliers, suivant la gravité des circonstances²¹¹.

Dès la deuxième édition, il s'étend encore davantage sur cette question. Ce qui est significatif, c'est que les contrats de l'administration lui permettent d'en saisir les termes ultimes.

L'autorité judiciaire (...) statue (...) sur les difficultés qui peuvent s'élever entre les citoyens à l'occasion de leurs intérêts privés, lorsqu'ils ne touchent point à l'intérêt public. (...)

Les tribunaux ordinaires jugent les contestations qui naissent à l'occasion des contrats ; cette règle reçoit exception quand il s'agit de contrats passés entre des particuliers et l'État dans l'intérêt d'un service public. (...)

Lorsque l'administration vend un bien qui faisait partie du domaine de l'État, elle n'agit point dans l'intérêt du service public ; c'est alors une

²⁰⁹ Au sujet d'Émile-Victor-Masséna FOU CART (1799-1860), nous renvoyons à la notice biographique que lui consacre le professeur CLÈRE dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). En outre, il faut indiquer la thèse de doctorat du professeur TOUZEIL-DIVINA (*Le doyen FOU CART (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, 2007) et spécialement cet ouvrage qui en est issu (*La doctrine publiciste, 1800-1880 – Éléments de patristique administrative*, Paris, Éditions La Mémoire du Droit, 2009, p. 266). Il fit son droit à Paris où il suivit notamment les cours de GÉRANDO (1819). Il fut nommé professeur à la faculté de Poitiers (1827) avant de se voir attribuer en 1832 la chaire de droit administratif (la première constituée en province de façon pérenne). Il la conserva jusqu'à son décès en 1860.

²¹⁰ FOU CART fut proche de HENRION DE PANSEY : il en fut le secrétaire (1824-1827) et assumait la seconde édition (posthume) de son ouvrage intitulé : *Du pouvoir municipal* (1840) (TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Un père du droit administratif moderne, le doyen Foucart...*, op. cit. (à paraître), p. 20).

²¹¹ FOU CART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 2 (1835), p. 556-557.

personne morale qui fait avec un citoyen une convention de la nature de celles dont l'appréciation est réservée aux tribunaux²¹².

Dans la quatrième et dernière édition de ses *Éléments*, il remanie encore ses propos en les augmentant de ses réflexions sur la personnalité de l'État :

L'autorité judiciaire statue par des jugements (...) sur les questions relatives à la propriété et à ses démembrements, même vis-à-vis l'État considéré comme une personne morale ; (...) sur les contrats, leur validité, leurs formes, leurs effets, l'exécution des obligations, et en général sur toutes les questions dans lesquelles l'intérêt privé seulement est en jeu. (...)

L'autorité administrative fait des règlements sur des matières d'intérêt général (...); elle fait la répartition des charges communes, prend des mesures d'ordre et de police, gère la fortune publique, surveille la gestion des intérêts collectifs, pourvoit à tous les services publics, soit par des ordres soit par des marchés ; elle prend des décisions sur toutes les matières confiées à ses soins, soit en ordonnant, soit en défendant, soit en autorisant²¹³.

Suivant cette perspective, l'État-administrateur est identifié à l'autorité administrative ; l'État-propriétaire l'est à « *l'État considéré comme personne morale* ». Cet extrait donne une idée de l'évolution des réflexions qui, de la distinction précitée ont glissé vers l'opposition entre l'autorité administrative et la personnalité civile de l'État. Pourtant, les marchés administratifs trouvent toujours la même place parmi les attributions de l'État-administrateur. Cela indique la constance d'après laquelle ces marchés sont conçus vis-à-vis de l'État. C'est-à-dire non pas cette institution à qui les administrativistes imputent des droits patrimoniaux, mais celle considérée comme un appendice du Gouvernement, comme une incarnation du pouvoir exécutif auquel elle s'articule.

205. Le cas du professeur rennais LAFERRIÈRE²¹⁴. – D'après une narration différente, Firmin LAFERRIÈRE s'attache également à la même distinction cardinale :

Toutes les discussions, en tant qu'elles peuvent naître des actes de l'autorité administrative dans leur rapport avec les droits acquis aux administrés, excepté les discussions qui touchent à l'ordre *constitutionnel, civil*

²¹² FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 1 (1839), p. 147-150.

²¹³ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif précédés de la constitution du 14 janvier 1852 et des sénatus-consultes des 7 novembre et 25 décembre 1852*, Paris, Marescq & Dujardin, 1855-1856 (4^e éd., 3 vol.), t. 1, p. 192-193.

²¹⁴ Au sujet de Louis-Firmin LAFERRIÈRE (1798-1861), voir la notice biographique que lui consacre le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 274), ainsi que celle du professeur CLÈRE dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Quoique non docteur, il fut nommé professeur à la faculté de Rennes où lui fut confiée la chaire de droit administratif tout juste instituée (1838). À partir de 1845, il entreprit une carrière administrative en assumant différentes fonctions académiques.

et *pénal*, sont de la compétence de la juridiction administrative, et forment par conséquent le *contentieux administratif*²¹⁵.

Et celui-ci de préciser pour l'exception tenant à l'ordre civil :

Dans les exceptions de l'ordre civil, vient se placer aussi la règle (...), au titre du domaine national, pour distinguer la compétence de l'autorité agissant au nom du domaine public, et de l'autorité agissant au nom du domaine de l'État. La juridiction administrative (...) est absolument incompétente lorsqu'il s'agit du domaine de l'État : (...) il y a seulement des intérêts de propriété ; et l'État, agissant comme propriétaire et non comme administrateur, est soumis naturellement à la juridiction civile²¹⁶.

Dans la troisième édition, il étend considérablement ces développements en même temps qu'il leur confère un nouvel ordre. Il précise en quoi consiste le contentieux administratif, dont l'existence ne fait pour lui aucun doute²¹⁷. Sa définition est liée à la présence d'« *un intérêt de l'ordre administratif* », il en indique la teneur :

Les intérêts, dans leur rapport possible avec les actes de l'administration, sont de plusieurs espèces, et doivent être distribuées en six classes :

- 1° Intérêts nés des circonstances politiques de la révolution de 1789 ;
- 2° Intérêts de nature administrative ou d'ordre purement administratif ;
- 3° Intérêts de l'ordre réel ou concernant la propriété, les droits réels et la possession ;
- 4° Intérêts de simples jouissances et de revenus ;
- 5° Intérêts mixtes ;
- 6° Intérêts de l'ordre constitutionnel, civil et pénal.

Les deux premières classes d'intérêts formeront généralement le contentieux administratif. Les dernières classes appartiendront à la juridiction des tribunaux civils, sauf quelques exceptions et sauf les matières de l'ordre constitutionnel et pénal²¹⁸.

C'est dans la deuxième classe qu'il range parmi tant d'autres chefs de compétence, celui relatif au contentieux des marchés de l'administration. « *Les contrats, les actes, les droits [qui] ont pris naissance dans le sein même de l'administration (...) sont NÉS au sein de l'ordre administratif ; mais, de plus, et c'est là le caractère essentiel, l'administration, en vue de l'intérêt public, a contracté à leur sujet, expressément ou tacitement, des obligations spéciales ; et*

²¹⁵ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1839 (1^{re} éd.), p. 894.

²¹⁶ *Id.*, p. 897-898.

²¹⁷ Dans un article publié au *Dictionnaire de l'administration française* de Maurice BLOCK, il est on ne peut plus catégorique : « *Non-seulement le contentieux administratif n'a pas été enlevé à l'ordre judiciaire, mais la nature même de sa constitution lui défendait d'en connaître. (...) Il existe donc deux espèces de contentieux : l'un purement judiciaire (...) ; l'autre essentiellement administratif, qui doit ressortir à une juridiction particulière souveraine pour l'apprécier, comme les tribunaux civils le sont dans la sphère des intérêts privés. L'un n'est pas le démembrement de l'autre, et d'aucun côté on ne peut dire qu'il y ait eu empiètement* » (*Dictionnaire de l'administration française*, Paris, Berger-Levrault, 1856 (1^{re} éd.), p. 1027 (v^o Juridiction administrative)).

²¹⁸ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution et les lois nouvelles ; suivi d'un appendice de lois et de textes relatifs au droit constitutionnel et administratif*, Paris, Joubert, 1850 (3^e éd., 2 vol.), t. 2, p. 696. À vrai dire, notre auteur donne corps à cette doctrine dès 1845 en publiant cet article : « *Essai sur la compétence de la juridiction administrative* » (*in R.L.J.* 1845, XXII, p. 5).

les droits des citoyens sont corrélatifs à ces obligations »²¹⁹. Au demeurant, il réaffirme cette idée suivant laquelle « *la propriété en elle-même est si bien placée sous la protection du droit commun, que le domaine de l'État, c'est-à-dire celui possédé par l'État à titre singulier et en qualité de propriétaire, est soumis à la compétence des tribunaux civils comme le domaine des particuliers* »²²⁰. C'est que dans ce cas de figure, lorsque l'État amodie ses immeubles du domaine privé, il « *est assimilé à la personne individuelle qui, dans son intérêt privé, s'efforce de tirer le meilleur parti de son revenu* »²²¹. À quoi il ajoute dans l'édition suivante : « *Il n'y a pas d'intérêt général vraiment engagé ; il n'y pas de motif suffisant pour décliner (...) la compétence des tribunaux, juges naturels des intérêts privés* »²²². Cette conception assise par Firmin LAFERRIÈRE entre 1845 et 1850²²³, demeure fixe jusqu'à la dernière édition de son cours, en 1860.

206. Le cas de deux membres du Conseil d'État, BOULATIGNIER²²⁴ & MACAREL. –

Ces deux auteurs ne sont pas les seuls à promouvoir cette doctrine. Avec la parution dans les années 1840 d'autres traités de droit administratif, elle trouve crédit auprès de la plupart des administrativistes. Dans leur ouvrage sur la fortune publique, BOULATIGNIER & MACAREL l'emploient pour distinguer le domaine public du domaine national, définissant le second comme celui qui comprend « *tous les biens dont l'état jouit propriétairement, comme un simple particulier* »²²⁵.

Le nom de *domaine de l'état* est (...) réservé à la partie du domaine dont la nation tire des produits, comme de simples individus le font de leurs propriétés privées²²⁶.

De sorte que les contrats qui y sont liés relèvent de la même nature : les baux domaniaux sont des contrats du droit commun puisque l'État qui les passe agit à titre privé, comme gestionnaire de son patrimoine privé.

²¹⁹ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif...*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 2 (1850), p. 709. Dans l'édition suivante, en développant ce qui rentre dans le contentieux administratif par nature, il y introduit explicitement les marchés de fournitures de l'État, à l'exclusion formelle de ceux des départements et des communes. (LAFERRIÈRE Firmin, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif, mis en rapport avec la constitution de 1852, les lois organiques de l'empire, la législation et la jurisprudence nouvelles sur le Conseil d'État, la Cour des comptes, l'enseignements, les impôts, le contentieux*, etc., etc., Paris, Cotillon, 1854 (4^e éd., 2 vol.), t. 2, p. 772-773).

²²⁰ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif...*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 2 (1850), p. 703.

²²¹ *Id.*, t. 2 (1850), p. 51.

²²² LAFERRIÈRE Firmin, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.* (4^e éd.), t. 1 (1854), p. 637.

²²³ Il détaille sa doctrine esquissée dans son cours dans un article paru en 1845 : « Essai sur la compétence de la juridiction administrative » (*in* R.L.J. 1845, XXII, p. 5).

²²⁴ Au sujet de Sébastien-Joseph BOULATIGNIER (1805-1895), voir les notices biographiques qui lui sont consacrées dans le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004) et dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015).

²²⁵ BOULATIGNIER Joseph & MACAREL Louis-Antoine, *De la fortune publique...*, *op. cit.*, t. 1 (1838), p. 39.

²²⁶ *Ibid.*

On ne conteste pas que l'acte par lequel l'administration afferme un immeuble, possédé par l'état à titre de propriétaire, et dont il jouit comme un particulier, constitue un contrat privé, quelle que soit d'ailleurs la forme dans laquelle le bail est passé²²⁷.

Il faut comprendre de ces formulations que les marchés administratifs, autour desquels se compose la seconde catégorie de contrats de l'administration, ressortissent non pas à l'État-personne privée, mais à l'État-administrateur – c'est-à-dire à l'autorité administrative. C'est une opinion proche que défend le civiliste dijonnais – Victor PROUDHON – dans son ouvrage sur le domaine public. C'est à cet égard que les juridictions administratives lui paraissent s'imposer comme « *des tribunaux d'exception adjoints à l'administration pour statuer avec plus de promptitude sur les difficultés que la collision des intérêts privés peut faire naître en opposition avec la marche des services publics* »²²⁸.

207. Le cas de COTELLE, normalien professeur à l'École des ponts et chaussées²²⁹.

– Dans une matière toute aussi spéciale, les travaux publics, COTELLE – premier professeur de droit administratif à l'École des ponts et chaussées²³⁰ – entrevoyait le droit administratif depuis le même point de vue :

L'état, dans ses intérêts matériels et pécuniaires, indépendans de la police sociale et de l'action proprement dite du gouvernement, traite d'égal à égal avec les particuliers et est soumis, comme eux, à l'autorité des tribunaux²³¹.

S'il aménage cette citation dans les deux éditions ultérieures, il conserve le fond de cette doctrine, formulée différemment il est vrai :

²²⁷ *Id.*, p. 195. BOULATIGNIER reproduit textuellement cette définition quelques années plus tard (BLANCHE Alfred (dir.), *Dictionnaire générale d'administration contenant la définition de tous les mots de la langue administrative et sur chaque matière 1° l'histoire de la législation, 2° l'exposé des lois, ordonnances, règlements et instructions, 3° le résumé de la jurisprudence, 4° l'indication des formalités à remplir, des autorités à demander, des pièces à produire, etc. ; ouvrage utile aux gens du monde et à toutes les classes de fonctionnaires*, Paris, Dupont, 1849 (1^{re} éd.), p. 128 (v° Baux administratifs)).

²²⁸ PROUDHON Jean-Baptiste-Victor, *Traité du domaine public ou, de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, Lagier, 1833-1834 (1^{re} éd., 5 vol.), t. 1, p. 139.

²²⁹ Au sujet de Toussaint-Ange COTELLE (1795-1879), nous ne connaissons aucune étude biographique qui lui soit consacré. Il fit l'École normale (1813) avant d'être docteur en droit (1819). Après avoir été avocat aux Conseils (1823-1847), il assuma le cours de droit administratif à l'École des ponts-et-chaussées (1831-1856).

²³⁰ C'est en 1831 qu'un cours de droit administratif appliqué aux travaux publics fut institué à l'École des ponts-et-chaussées. Il fut suivi par les élèves de l'École des mines jusqu'en 1848, avant que cet établissement n'organise en son propre sein un cours semblable, confié à Ernest LAMÉ-FLEURY.

²³¹ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, ou traité théorique et pratique de la législation et de la jurisprudence administrative et civile, contenant les routes, chemins de fer, fleuves et rivières navigables et flottables, les canaux de navigation, d'irrigation, de dessèchement, les usines établies sur toute espèce de cours d'eau, les mines, minières, les hauts-fourneaux et autres établissements industriels exploités en vertu d'un titre d'autorisation émané de l'autorité administrative, les conflits d'attribution, etc., avec un appendice contenant les nouvelles lois et ordonnances en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, le nouveau cahier des clauses et conditions générales, et un règlement inédit sur les usines à eau*, Paris, Carilian-Goeury, 1835 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. 65. Cette formule disparaît cependant des deux éditions ultérieures.

Si les tribunaux ordinaires pouvaient, sur la demande d'un particulier, connaître de toute difficulté née de l'exécution d'un service public, ils lui imposeraient leurs décisions, tantôt uniformes et formant une règle irréfragable, tantôt divergentes et inconciliables²³².

Il faut tenir compte de ce que COTELLE, enseignant le droit des travaux publics à des polytechniciens²³³, adapta sa pédagogie, si bien que son approche y est foncièrement singulière. Les distinctions qu'il opère sont souvent différentes de celles employées par les administrativistes contemporains. Quoi qu'il en soit, nous pensons que cet auteur n'a jamais retiré son adhésion à la distinction État-administrateur/État-propriétaire. C'est par ce motif que nous nous expliquons qu'il examine les contrats liés aux travaux publics comme « *des contrats d'une nature particulière, tout administratifs* »²³⁴. Ces contrats, qu'il appelle encore « *contrats administratifs d'une nature particulière* »²³⁵, répondent aux exigences dans lesquelles l'État est placé vis-à-vis de ses contractants, comme vis-à-vis de ses citoyens auxquels il répond de l'emploi de deniers publics.

Les différents services publics se mettent fréquemment en rapport avec l'industrie, l'esprit de spéculation et les capitaux privés, au moyen de contrats de deux espèces : les marchés de fournitures et denrées et les contrats de prestation de travail [qui recouvrent toutes les espèces de conventions liées aux travaux publics]²³⁶.

En somme, il est question de saisir un mode d'action spécifique qui, pour s'inspirer du droit civil des obligations, ne s'en distingue pas moins par ses caractères. Car dans cette hypothèse, il ne s'agit pas de l'État-propriétaire. L'administration gérant les biens dans un but économique ressortit à la juridiction judiciaire, comme soumise au droit commun. Car, dans ce dernier cas de figure, « *le gouvernement gère [ces biens] et en*

²³² COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, contenant l'organisation administrative de la France. – L'organisation du service des ponts et chaussées. – les règles de la comptabilité. – Les principes de légalité ou de critique des actes de l'administration. – L'organisation de la justice administrative. – Les principes de la propriété. – Les indemnités pour torts et dommages. – Le dessèchement des marais. – L'expropriation pour cause d'utilité publique. – Les principes des contrats. – Le cahier des clauses et conditions générales pour les entrepreneurs de travaux publics. – la législation de la grande voirie. – Les chemins de fer. – Les chemins vicinaux. – La navigation fluviale et les canaux de navigation. – Les canaux d'irrigation et de drainage. – Les usines à eau ; - les ateliers insalubres et incommodes. – Le conflit d'attribution*, Paris, Dalmont & Dunod, 1859-1862 (3^e éd., 4 vol.), t. 1, p. 278.

²³³ Jusqu'en 1851, les élèves de l'École des ponts-et-chaussées sont exclusivement recrutés parmi les diplômés de l'École polytechnique. Celle-là était alors conçue comme une école d'application (à l'instar de l'École des mines, l'École du génie et de l'artillerie, etc.) par laquelle les polytechniciens choisissaient de se spécialiser. Confronté à des élèves ayant reçus une formation scientifique, COTELLE – lui-même normalien avant d'avoir été reçu docteur en droit – a insufflé à ses enseignements une méthodologie étrangère au droit et qui fit dire à ODILON-BARROT que « *la division géométrique des propositions a pu ne présenter que des inconvénients aux esprits des lecteurs dans lesquels ne se trouvaient pas les habitudes mathématiques qui avaient pu la rendre séduisante pour les élèves* » (recension du *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics* (1^{re} éd.) de COTELLE, in R.L.J. 1835, I, p. 304).

²³⁴ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1835), p. 472.

²³⁵ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics...*, op. cit. (3^e éd.), t. 2 (1859), p. 476.

²³⁶ Ibid.

jouit, comme un chef de famille fait de ses biens propres »²³⁷. Certes, les développements de cet auteur ne sont pas toujours aussi explicites que nous pourrions le souhaiter. L'une des principales raisons tient à ce que l'orientation de ses propos – et ceux des auteurs précédents – est déterminée par la spécialité de sa matière. À la différence des administrativistes généralistes précités – FOUCART et LAFERRIÈRE –, la juridiction administrative est évoquée sans qu'il ne s'y attarde.

- 208. Le cas du professeur toulousain CHAUEAU**²³⁸. – Il est l'un des premiers qui développent avec un dogmatisme assumé la distinction entre l'État-proprétaire et l'État-administrateur. Il l'applique à une théorie du contentieux administratif pour en ajuster les termes, en même temps qu'il précise les contours et la signification de cette distinction.

L'état doit être envisagé sous une double physionomie.

PERSONNE MORALE, PROPRIÉTAIRE, il a ses bois, ses champs, ses maisons, comme les départements, les communes, les établissements publics, enfin comme le simple propriétaire. (...) L'état propriétaire est donc appelé à intenter des procès pour faire respecter ses droits de propriétaire, ou à défendre à des actions injustement formées contre lui. Il est alors justiciable, comme le simple particulier, des tribunaux ordinaires, à moins d'un déclassement, expression d'une volonté législative contraire au principe.

NATION, ROYAUME, UNITÉ NATIONALE, l'état a son armée, son trésor ; il lui faut des recettes qui balancent ses dépenses ; il faut exécuter de grands travaux ; il veille à la sécurité et à la salubrité publiques, à la libre circulation sur toutes les voies publiques, à l'exercice des droits politiques, *etc., etc.*

Ce n'est plus le simple propriétaire dont les droits privés peuvent se trouver en discussion avec l'intérêt général, c'est la personnification de l'intérêt public, c'est l'absorption des intérêts individuels, c'est la nation tout entière dont les grands intérêts sociaux se résument dans ce seul mot : *l'état*²³⁹.

Il ne définit pas autrement l'acte administratif, dont la nature se décline à partir du contentieux administratif au travers duquel s'incarne cette distinction :

Le pouvoir exécutif représentant l'état agit en trois qualités différentes : comme *gouvernement*, comme *administrateur* et comme *propriétaire*. Dans le premier cas, il faut un acte du pouvoir exécutif pur, il gouverne ; dans le second, il fait des *actes administratifs* ; mais lorsqu'il agit comme propriétaire, lorsqu'il traite des biens qu'il possède en cette qualité, il devient simple particulier, et les actes qu'il fait, quelles que soient leurs formes, revêtent le

²³⁷ COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1835), p. 64.

²³⁸ Au sujet d'Adolphe CHAUEAU (1802-1868), voir la notice biographique que lui consacre le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 258), ainsi que celle du professeur HALPÉRIN dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Après avoir été avocat aux Conseils au début de la Monarchie de Juillet, il fut nommé professeur à la faculté de Toulouse où lui fut confiée la chaire de droit administratif nouvellement instituée (1838). Il assumait cet enseignement jusqu'à son décès, quoiqu'il émit régulièrement le vœu d'en assumer un autre.

²³⁹ CHAUEAU Adolphe, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Cotillon, 1841-1844 (3 vol.), t. 1, p. 92-93.

caractère de *conventions privées*. Le contentieux appartient alors exclusivement aux tribunaux civils²⁴⁰.

Les actes administratifs qui ressortissent à la juridiction administrative sont conçus indépendamment des actes du pouvoir exécutif et des actes du droit commun. Depuis ce point de vue, il esquisse une partition entre les contrats de l'administration : distinguant ceux qui, nonobstant leur nature conventionnelle, sont véritablement des actes administratifs ; et ceux qui relèvent du droit commun – c'est-à-dire ceux « *qui interviennent entre particuliers ou entre particuliers et personnes morales, et qui règlent un droit privé, sans aucun mélange d'intérêt public. Le résultat de ces conventions est essentiellement judiciaire* »²⁴¹. Car autrement, leur assimilation aux actes proprement administratifs affecterait la distinction sur laquelle il fonde sa définition du contentieux administratif :

Les baux m'ont toujours paru des conventions privées, et j'avoue que je n'ai point compris une difficulté qui cependant a semblé fort grave à de très-bons esprits, difficulté qui résulte de la qualification d'*acte administratif* que l'on donne aux baux passés au nom de l'état.

Si un bail est un acte administratif, parce qu'il est passé au nom de l'état, tous les actes qui concernent les biens de l'état sont des actes administratifs. La distinction entre l'état simple personne morale, *particulier*, et l'état *unité nationale*, devient inutile²⁴².

À l'inverse, les marchés de fournitures sont attachés à l'État-administrateur, non par l'effet d'un déclassement législatif, c'est-à-dire non par l'effet d'une disposition dérogoratoire à la séparation des autorités administrative et judiciaire ; mais parce que leur destination les associe naturellement à l'action administrative :

Les marchés nécessaires à la subsistance des armées, en temps de guerre, se rattachent plus intimement encore à l'*intérêt général* que les travaux publics. Les fournitures pour les troupes, même en temps de paix, ou les marchés pour pouvoir exécuter les grands travaux, ne tiennent-ils pas aux intérêts de l'*état nous*, et non de l'*état propriétaire* ? Les marchés et fournitures passés au nom de l'état par ses divers agens, offrent donc le premier, le plus essentiel caractère de ma formule, l'*intérêt général*²⁴³.

Il est encore plus catégorique sur le sens de cette association – entre les marchés de l'État et la compétence administrative – lorsqu'il envisage les fournitures des départements, des communes, des hospices et des établissements publics.

À mes yeux, les départements, communes, hospices et établissements publics, sont des personnes morales privées. À l'état seul est réservée la prérogative d'être une personne publique représentant l'intérêt général, parce que l'état *unité nationale*, c'est nous.

Vouloir attribuer juridiction à l'autorité administrative, sous le léger prétexte que les travaux et marchés concernent une partie importante du

²⁴⁰ *Id.*, p. 119-120.

²⁴¹ *Id.*, p. 188-189.

²⁴² *Id.*, p. 190.

²⁴³ *Id.*, p. 96.

public, une agglomération d'individus, c'est méconnaître tous les principes constitutifs de la science administrative²⁴⁴.

Cette doctrine n'est pas inédite. Toutefois, Adolphe CHAUVEAU l'explicite et la systématise à un degré sans égal. Les autres auteurs l'emploient pour expliciter la législation ou la jurisprudence administrative. Celui-là se l'approprie comme la clef de voûte de sa doctrine. Il atteste ainsi que les contrats de l'administration n'étaient pas l'objet d'une pensée fruste ; mais que les administrativistes surent en dresser un ordre déduit de principes élaborés avec intelligence ; employés avec une maîtrise incontestable.

209. Le cas du professeur dijonnais SERRIGNY²⁴⁵. – Très peu de temps après son collègue toulousain, il publia un traité de contentieux administratif où y sont développées des vues similaires :

Il faut bien prendre garde (...) que ce qui constitue le contentieux administratif, ce ne sont pas des difficultés privées, comme celles qui sont soumises aux tribunaux ordinaires. Quand l'état, les départements, les communes, ont des intérêts privés à défendre, ces intérêts sont portés devant les tribunaux de justice déléguée, parce qu'alors l'état, le département ou la commune remplit le rôle d'une personne privée. (...) Mais quand ce sont les faits de cette administration elle-même, agissant comme telle, qui sont critiqués, le pouvoir, qui est le moteur de la machine sociale, est attaqué ; ses mouvements sont gênés, entravés : le corps social est intéressé à ce que leur action soit rétablie. Qui remplira ce rôle de censeur, de modérateur, de juge si l'on veut ? Est-ce le pouvoir judiciaire ? Non : il faut que la puissance exécutive trouve en elle-même la force de lever les obstacles qu'on oppose à sa marche²⁴⁶.

À l'instar des administrativistes précités, il explicite la compétence administrative pour des marchés de fournitures à partir de la distinction État-administrateur et État-propriétaire :

Les ministres ou leurs délégués traitent uniquement comme représentant l'administration publique agissant en cette qualité, et non comme représentants de l'état faisant l'office d'une personne privée et dépouillant tout caractère de pouvoir public, comme cela a lieu dans les questions de propriété ordinaire où l'état se trouve intéressé ? Le débat qui naît de ces marchés s'élève donc toujours entre l'intérêt collectif de l'administration opposé à celui de particuliers : ce qui est le caractère distinctif du contentieux administratif²⁴⁷.

Par l'effet d'un corollaire, les baux administratifs sont de la compétence judiciaire :

²⁴⁴ *Id.*, p. 192.

²⁴⁵ Au sujet de Denis SERRIGNY (1800-1876), voir la notice biographique que lui consacre le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 282), ainsi que celle du professeur CLÈRE dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Il fut le premier titulaire de la chaire de droit administratif de la faculté de Dijon (1838) qu'il conserva jusqu'à sa retraite (1872).

²⁴⁶ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1842 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. 49-50.

²⁴⁷ *Id.*, t. 2 (1842), p. 334.

On ne s'arrête pas à la circonstance que ces baux ont été passés en la forme administrative. On se fonde sur ce qu'en l'absence de textes positifs pour attribuer à l'autorité administrative la connaissance de ces contestations, elles doivent rester aux tribunaux, suivant le droit commun. Il ne s'agit, d'ailleurs, pour l'état que d'un intérêt pécuniaire, et qui ne touche point à la puissance gouvernemental ou administrative²⁴⁸.

Nous retrouvons la même idée cardinale : à l'État-propriétaire, sujet de la juridiction judiciaire, la gestion des intérêts purement pécuniaires de l'État, ceux auxquels aucun intérêt public n'est associé ; à l'État-administrateur, sujet de la juridiction administrative, la procuration des services publics placés sous la direction du gouvernement auquel répond l'autorité administrative.

- 210. Le cas du professeur caennais TROLLEY²⁴⁹.** – S'il conçut l'entreprise d'un ouvrage généraliste sur le droit administratif, les tomes effectivement parus ne recouvrent pas les intentions originellement exprimées dans son introduction. Ce faisant, il aborde le droit administratif sous un aspect institutionnel. Il n'en développe pas moins la distinction État-administrateur/État-propriétaire.

L'administration civile intérieure veille au maintien de l'ordre, pourvoit à l'exécution des lois et aux besoins de la société.

Quand elle *agit* dans l'intérêt général de la société et fait acte de *puissance*, c'est l'administration proprement dite ; ce sont là véritablement les actes *administratifs*.

Au contraire, c'est une *tutelle* et non pas la *puissance* qu'elle exerce, quand elle surveille les établissements publics, les autorise à acquérir, à vendre, à contracter. (...)

La gestion de la fortune publique n'est pas non plus un acte d'*administration* proprement dit. Souvent la puissance publique agit au nom de l'État *propriétaire*, et les actes qu'elle fait son des actes privés²⁵⁰.

Par conséquent, « *les baux, même domaniaux, sont des contrats privés* »²⁵¹. Ils « *sont soumis à la compétence des tribunaux ordinaires pour toutes les questions qui s'élèvent sur leur validité ou leur interprétation* »²⁵². Il n'en prend pas moins soin de poser la question différemment à propos des bacs, où il parle moins de bail que d'entreprise.

La location d'un bac a un double caractère ; c'est véritablement l'entreprise d'un service public et se rattachant soit à la grande voirie, soit à la voirie vicinale. C'est, d'un autre côté, le bail d'un produit domanial.

Toutes les difficultés qui intéressent l'entreprise, le service public, sont administratives et rentrent dans la compétence du conseil de préfecture. (...)

²⁴⁸ *Id.*, p. 186-187.

²⁴⁹ Au sujet d'Alfred-François TROLLEY (1808-1869), voir la notice biographique que lui consacre le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 284). Après avoir été professeur suppléant de la faculté de Caen (1833), il fut le premier titulaire de la chaire de droit administratif (1836) qu'il conserva jusqu'à son décès.

²⁵⁰ TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif. Première partie. – Hiérarchie administrative ou de l'organisation et de la compétence des diverses autorités administratives*, Paris, Thorel, 1844-1854 (5 vol.), t. 1, p. 9-10.

²⁵¹ *Id.*, t. 5 (1854), p. 481.

²⁵² *Id.*, p. 476.

Tels sont la conservation et l'entretien du matériel (...), les indemnités réclamées par le fermier quand le bail est résilié par le préfet. (...)

S'agit-il, au contraire, non de l'intérêt public, mais de l'intérêt domanial, le bail, sous ce rapport, est un contrat privé et le litige devient judiciaire²⁵³.

Pour réaliser que cette doctrine procède d'une vision d'ensemble plutôt que d'une distinction à courte vue tout juste élevée pour rendre compte de la jurisprudence, il faut voir qu'il l'applique également aux marchés de fournitures des départements et des communes. À rebours de l'opinion de certains²⁵⁴, il propose la même distinction entre les contentions relatives au règlement indemnitaire du contrat, et celles relatives au fonctionnement du service public auquel le marché se rapporte :

S'il s'agit d'une demande en paiement, elle doit être portée devant les tribunaux civils. Le département et la commune n'ont pas, comme l'État, le privilège de faire liquider leurs dettes par la juridiction administrative : la loi de l'an VIII ne fait d'exception que pour les travaux publics ; mais s'il surgit une difficulté sur l'interprétation ou la validité du marché, cette question préjudicielle doit être soumise au conseil de préfecture. Quel est (...) le caractère du marché [de fournitures] ? Est-ce un acte administratif ou un acte privé ? Si c'est un acte administratif, il n'appartient pas aux tribunaux de l'annuler ou de l'interpréter. La commune et le département traitent dans l'intérêt d'un service public et par conséquent comme administrations et non comme simples particuliers, et dès lors le marché est un acte administratif²⁵⁵.

- 211. La distinction État-administrateur/État-propriétaire appréhendée au travers de sa densité historique.** – L'avocat aux Conseils JOUSSELIN fut l'auteur d'une courte dissertation sur ce sujet – publiée en 1852. Elle est encore plus évocatrice du rayonnement de cette distinction doctrinale. Certes, il la développe pour y contenir la théorie de l'État débiteur qu'il souhaite restreindre à l'hypothèse des créances revendiquées sur l'État-administrateur. Ce qui nous importe davantage, ce sont les modalités de son argumentation : il y déploie une combinaison d'autorités qui ancrent plus que jamais la distinction de l'État-administrateur et l'État-propriétaire dans une historicité. Nous ne voulons pas dire qu'elle ne l'ait jamais été et qu'elle soit sortie de quelques intelligences ingénieuses. Cependant, les administrativistes de la Monarchie de Juillet l'explicitaient essentiellement à partir de l'architecture constitutionnelle du régime orléaniste. Le coup d'état du 2 décembre 1851 rend cette démarche incommode. Ainsi son propos consiste-t-il moins à en démontrer la correspondance avec les institutions contemporaines, qu'à l'inscrire dans le creuset d'une interprétation critique des débats parlementaires de l'Assemblée constituante, de la

²⁵³ *Id.*, p. 483.

²⁵⁴ Il s'agit principalement de CHAUCHEAU, DUFOUR et de CABANTOUS.

²⁵⁵ *Id.*, p. 408. Cette approche des choses lui permet de ne pas assimiler abusivement les marchés relatifs aux maisons centrales, à des marchés de travaux publics. « Pour justifier la compétence, on a assimilé ces sortes de traités à des entreprises de travaux publics ; l'entrepreneur exploite les ateliers de la maison centrale. Quoi qu'il en soit, il nous paraît évident que l'autorité judiciaire est essentiellement incompétente pour statuer sur l'interprétation ou la validité d'un acte qui réunit tous les caractères d'un acte administratif, puisqu'il a été fait par l'administration et dans l'intérêt d'un service public » (*id.*, p. 408-409).

jurisprudence et de la doctrine savante. Il ne cherche pas tant à soumettre d'autorité une théorie qu'à la justifier à l'aide des discours parlementaires précédant le vote de la loi des 16 et 24 août 1790, confrontés aux différentes applications et interprétations qui en furent faites ultérieurement. En soi les arguments sont sensiblement similaires à ceux déployés par les publicistes et les administrativistes des années 1830-1840. La différence réside dans le fait que JOUSSELIN fonde la justesse de cette doctrine sur une exégèse de la littérature camérale révolutionnaire, qu'il corrobore avec la pratique – en citant MERLIN DE DOUAI par exemple – et la doctrine savante – HENRION DE PANSEY, PROUDHON, CHAUCHEAU.

Voilà donc le véritable fondement de la compétence administrative, toutes les fois que la demande est dirigée contre l'État-Gouvernement ou *Administration* : c'est le principe de la séparation des pouvoirs²⁵⁶.

212. Le cas singulier de l'avocat aux Conseils DUFOUR : le rejet de la distinction État-administrateur/État-propriétaire. – Le seul auteur qui se soit opposé à cette doctrine fut Gabriel DUFOUR. Celui-ci promeut non pas la distinction État-administrateur/État-propriétaire, mais celle déjà formalisée par le duc de BROGLIE : celle entre les actes d'autorité et les actes de gestion.

L'administration, pour gérer le patrimoine de l'état et pour effectuer les dépenses exigées par les besoins publics, est réduite à recourir aux conventions d'où naissent les obligations. Il lui faut, tour à tour, acheter, vendre, échanger, en un mot, user des divers contrats du droit privé. Dans cette sphère d'action, il appartient à chaque ministre de traiter au nom de l'état pour assurer les services qui dépendent de son département. (...) Mais les marchés et adjudications passés au nom de l'État n'ont rien de commun avec les actes susceptibles de rencontrer et de froisser les intérêts individuels ; on n'a là que des contrats, et les seules difficultés qu'ils puissent faire naître ont nécessairement trait à leur interprétation ou à leur validité, et constituent, dès lors, entre le ministre et ceux qui ont traité avec lui, de véritables litiges dont la solution doit être demandée et obtenue par une voie juridique²⁵⁷.

Dans la deuxième édition, il ajoute à ces propos :

²⁵⁶ JOUSSELIN Joseph, « À quelle autorité appartient-il de prononcer sur les actions qui tendent à faire déclarer l'État débiteur ? », in *R.C.L.J.* 1852, II, p. 447.

²⁵⁷ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité du roi, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de préfecture, du Conseil d'État, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les chemins vicinaux, les communes, les conflits, les contributions, les cours d'eaux, etc., etc.*, Paris, Delamotte aîné, 1843-1845 (1^{re} éd., 4 vol.), t. 1, p. 34. Il tient les mêmes propos dans un article (précité) écrit lors des controverses sur le Conseil d'État. « Il est bien certain que si, parmi les contestations [qui relèvent de la juridiction du Conseil d'État], il en est quelques-unes qui, par leur objet même, appartiennent à la sphère administrative, l'attribution à la justice administrative n'a, pour le plus grand nombre, sa raison que dans une délégation déterminée par des motifs politiques (...) ou par des motifs de la justice elle-même, comme pour les contestations relatives à l'exécution des marchés passés avec l'administration. (...) Il est bien certain aussi qu'à l'égard de [celles-ci], les limites qui circonscrivent le domaine de la justice administrative ne sont point immuables, et qu'on pourrait se demander si le moment n'est pas venu de réviser la législation en ce point, et de rendre au pouvoir judiciaire ce qui ne lui a été enlevé que sous l'empire des circonstances qui peuvent n'être plus » (« Du pouvoir exécutif » [quatrième et dernière article], in *R.L.J.* 1848, XXXII, p. 208-209).

Lorsqu'on cherche à se rendre compte de [l']action [du ministre], on n'est d'abord frappé que des mesures à prendre par voie d'autorité, mais pour gérer le patrimoine de l'État et pourvoir aux besoins publics, l'administration est nécessairement, amenée à exercer les mêmes droits, et à recourir aux mêmes stipulations que les particuliers. Il lui faut, tour à tour, agir en justice, vendre, échanger, louer, en un mot, user des divers contrats du droit privé²⁵⁸.

À l'inverse – par exemple – d'Adolphe CHAUVEAU, Gabriel DUFOUR conteste radicalement la qualité d'acte administratif à tous les actes contractuels.

C'est bien pour répondre aux besoins des divers services dont elle est chargée, c'est bien comme moyen d'administration que l'autorité administrative a le pouvoir de *contracter* ; mais, envisagé dans son exercice, ce pouvoir ne se manifeste pas par des actes que leur forme, leur nature et leur objet rendent propres à l'administration.

Les contrats n'impliquent point l'idée de commandement, d'autorité ; ils ne procèdent point d'un *pouvoir* dans l'acception que le droit public prête à ce mot. Qu'elle stipule ou s'oblige, l'administration ne statue en aucune manière ; l'acte produit n'a rien d'impératif ; sa force obligatoire pour ou contre l'administration ne prend ni sa source, ni sa garantie dans l'autorité propre à cette dernière ; en un mot, ce n'est point un *acte administratif* dans son essence, c'est un acte du droit commun²⁵⁹.

En introduction au chapitre relatif aux marchés de fournitures, il les rapproche conséquemment des baux administratifs que rien ne distingue, si ce n'est que des lois spéciales ont soustrait le contentieux des premiers à leurs juges naturels – les tribunaux.

L'administration que nous avons vue procéder aux actes du droit commun pour gérer le domaine de l'état, a aussi recours aux contrats définis et garantis par les lois civiles, pour se procurer les objets de consommation pour faire exécuter les travaux nécessaires aux divers services publics²⁶⁰.

Il récuse implicitement tous les arguments par lesquels certains assimilent les marchés aux actes administratifs. Selon cet auteur, il ne peut y avoir d'actes administratifs que des actes d'autorité. Les contrats sont *essentiellement* incomptables à cette catégorie d'acte.

La qualité des parties, non plus que la forme du contrat, n'altère en rien la nature des conventions. L'état, lorsqu'il traite pour les fournitures dont il a besoin, de même qu'il vend, achète, donne à ferme ou reçoit par dispositions entre-vifs ou testamentaires, ne fait autre chose qu'user de stipulations dont les effets sont prévus et garantis par les lois civiles, il agit de la même manière qu'un particulier, par les moyens et sous la protection du droit commun. À ne consulter que les principes, l'état devrait donc se

²⁵⁸ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité du chef de l'État, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de préfecture, de la cour des comptes, du Conseil d'État, l'armée, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les chemins vicinaux, les communes, les conflits, les contributions, les cours d'eau, etc., etc.*, Paris, Cotillon, 1854-1857 (2^e éd., 7 vol.), t. 1, p. 126.

²⁵⁹ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1843), p. 92.

²⁶⁰ *Id.*, t. 3 (1844), p. 516.

soumettre à la juridiction du juge civil pour tout ce qui a trait à l'exécution des marchés passés en son nom²⁶¹.

S'il admet la compétence administrative pour les fournitures de l'État au titre du décret du 11 juin 1806, il s'y refuse catégoriquement pour les fournitures départementales en s'attachant à une interprétation stricte de cette loi – comme il se doit d'un texte introduisant une dérogation à un principe²⁶². Ayant passé en revue chacun des administrativistes qui, dans les décennies 1830 et 1840, ont étayé leur conception du droit administratif dans un ouvrage pouvant faire figure de traité, il convient à présent de se pencher sur les ouvrages encyclopédiques, c'est-à-dire les répertoires et dictionnaires. Car autrement nous prendrions le risque d'appréhender ces traités pour eux-mêmes ; et nous négligerions ce par quoi ils ont participé à une littérature administrative sans jamais l'incarner toute entière. Pour être tous frappés d'une certaine singularité, leur examen conduirait probablement à des mésinterprétations si nous ne cherchions pas à les mettre en perspective avec la doctrine praticienne de vulgarisation²⁶³.

- 213. Le succès d'une distinction accusée par la littérature praticienne de divulgation : l'exemple des répertoires DALLOZ et LEDRU-ROLLIN.** – Nous retrouvons cette doctrine dans les deux principaux répertoires qui se firent concurrence : celui de la *Jurisprudence générale du royaume* de DALLOZ & celui du *Journal du Palais*, dont la direction fut reprise par LEDRU-ROLLIN dans les années 1830. Suivant le premier :

On doit distinguer les actes dans lesquels le gouvernement figure comme propriétaire des biens du domaine de l'État de ceux qui ont pour objet l'administration proprement dite, quoique la gestion des biens domaniaux constitue, à vraie dire, une partie intégrante de l'administration publique, et quoique les aliénations et les baux de ces biens se fassent par adjudication publique et devant un fonctionnaire de l'ordre administratif. L'intérêt général n'a point paru exiger que les contestations dans lesquelles l'État peut être engagé par rapports aux biens qu'il possède et qu'il administre de la même manière que le ferait un simple particulier, fussent affranchies des règles de compétence établies par le droit commun. Aussi est-il de principe que, lorsqu'il agit comme propriétaire, l'État, soit qu'il stipule, soit qu'il s'oblige, est considéré comme un simple particulier, et les actes qu'il fait, qu'elle qu'en soit la forme, prennent le caractère de conventions privées, de la compétence des tribunaux ordinaires, sauf le cas où, par des motifs particuliers, il serait dérogé à cette règle par un texte exprès²⁶⁴.

²⁶¹ *Id.*, p. 526.

²⁶² *Id.*, p. 531.

²⁶³ Cf. le chapitre 3, titre III, première partie.

²⁶⁴ DALLOZ Désiré (dir.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 10 (1848), p. 444 (v^o Compétence administrative).

De sorte qu'à propos des marchés, il ajoute que « *ce n'est pas comme propriétaire, mais bien comme représentant des intérêts généraux, que l'État agit lorsqu'il poursuit l'exécution de travaux publics, ou lorsqu'il passe des marchés avec des particuliers pour les fournitures à faire aux troupes* »²⁶⁵. Quant au répertoire de LEDRU-ROLLIN, celui-ci adhère essentiellement à la doctrine de CHAUVEAU qu'il cite abondamment²⁶⁶. Ces deux répertoires sont peut-être encore plus emblématiques de l'audience de la doctrine dont il est question. D'une part, ils appartiennent à la doctrine praticienne de divulgation. Il est improbable qu'ils aient entériné une opinion marginale qui les eût discrédités. D'autre part, leurs directeurs respectifs sont des avocats aux Conseils. Proches du Conseil d'État et de la Cour de cassation devant lesquels ils plaident, ils attestent de ce que cette doctrine ne fut pas uniquement le fruit d'esprits universitaires trop portés vers les abstractions. D'ailleurs, nous avons justifié plus haut que l'assise doctrinale de la distinction État-administrateur/État-propriétaire précède les années 1830 et que, simultanément à la parution des premiers traités de droit administratif, les débats parlementaires ont eux-mêmes développé cette doctrine en contribuant décisivement à son succès.

- 214. Le témoignage univoque de la littérature administrative encyclopédique.** – Les répertoires, dictionnaires et autres ouvrages du même genre, organisent et interprètent les contrats de l'administration de la même manière que les administrativistes précités. Lorsque certains des articles qui nous intéressent n'ont pas été écrits par certains d'entre eux – tels BOULATIGNIER²⁶⁷, COTELLE²⁶⁸, FOUCART²⁶⁹ ou LAFERRIÈRE²⁷⁰ –, leurs auteurs développent des conceptions similaires à celles déjà exposées. Somme toute, ils appréhendent les contrats de l'administration à partir de la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Ainsi attestent-ils de ce qu'elle fut la doctrine majoritairement admise. Si DUFOUR exprime une opinion dont il n'est pas le seul partisan, il demeura marginal tant la doctrine des actes d'autorité et de gestion eut peu d'écho dans la littérature administrative jusque dans les années 1850. Quoiqu'elle fût peu partagée, cet avocat aux Conseils fut pourtant l'un des auteurs les plus souvent cités – en concurrence avec CORMENIN. En retenant spécialement notre

²⁶⁵ *Id.*, p. 445.

²⁶⁶ LEDRU-ROLLIN Alexandre-Auguste (dir.), *Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, Paris, Au bureau du Journal du Palais, 1845-1857 (13 vol.), t. 4 (1846), p. 23 (v^o Compétence administrative).

²⁶⁷ BOULATIGNIER a signé plusieurs articles, aux termes « Administration » & « Baux administratifs » dans le *Dictionnaire générale d'administration* de BLANCHE, et au terme « Autorité administrative » dans l'*Encyclopédie du droit* des avocats SÉBIRE et CARTERET.

²⁶⁸ COTELLE a signé l'article « Fournitures » dans le *Dictionnaire de l'administration française* de BLOCK.

²⁶⁹ FOUCART a signé les articles « Compétence administrative » et « Contentieux administratif » dans l'*Encyclopédie du droit* des avocats SÉBIRE et CARTERET.

²⁷⁰ LAFERRIÈRE a signé l'article « Juridiction administrative » dans le *Dictionnaire de l'administration française* de BLOCK.

examen sur les articles relatifs aux marchés de fournitures, il faut admettre que les références doctrinales portent la plupart du temps sur des auteurs praticiens. Au premier rang duquel CORMENIN – puis dans une moindre mesure DUFOUR²⁷¹, voire CHEVALIER (tous deux avocats aux Conseils). Les ouvrages de ces derniers étant eux-mêmes destinés à des praticiens, les propos qui y sont développés saisissent plus rigoureusement les questions difficiles. La spécialité des solutions qu'ils avancent s'offre plus facilement aux emprunts. D'autant que les ouvrages encyclopédiques dont il est question s'organisent suivant la même méthode et participent d'un même genre. À l'instar des *Questions de droit administratif* de CORMENIN, de la *Jurisprudence administrative* de CHEVALIER²⁷² ou du *Traité pratique de droit administratif* de DUFOUR, il s'agit de répertoires ou dictionnaires qui rassemblent par ordre alphabétique des définitions, voire des petits traités sur les matières administratives. L'autorité doctrinale de certains universitaires est quelques fois mobilisée – celle de FOUCART essentiellement²⁷³, plus ponctuellement celle de GÉRANDO. C'est davantage vers la fin du XIX^e siècle qu'elle est plus systématiquement mise à profit²⁷⁴ – bien qu'avec une certaine modération, l'accent étant toujours mis sur les ouvrages praticiens²⁷⁵ ou sur des ouvrages ayant le même objet encyclopédique²⁷⁶.

215. Si cette littérature encyclopédique²⁷⁷ se présente sous une forme qui doit beaucoup au lectorat auquel elle est destinée, les auteurs qui y ont contribué développent leur

²⁷¹ L'article paru au *Répertoire général* de LEDRU-ROLLIN (1845-1857, t. 9) cite principalement le traité de DUFOUR ; plus rarement celui de CORMENIN.

²⁷² CHEVALIER Théodore, *Jurisprudence administrative, ou recueil complet et méthodique, par ordre alphabétique, des arrêts du Conseil d'État en matière contentieuse, avec la législation qu'ils appliquent*, Paris, Dupont, 1836 (2 vol.).

²⁷³ Dans le répertoire de ROLAND DE VILLARGUES (dir.), l'avocat DESTREM développe à ce sujet un article qu'il étaye principalement sur les *Éléments de droit public et administratif* de FOUCART (*Répertoire de la jurisprudence du notariat*, Paris, à l'administration de la Jurisprudence du notariat, 1840-1845 (2^e éd., 9 vol.), t. 6 (1843), p. 80 (v^o Marché passé avec l'État, les communes et les établissements publics)).

²⁷⁴ Dans certains répertoires parus dans les dernières décennies du XIX^e siècle, sont souvent convoqués les professeurs BATBIE, CABANTOUS, CHAUVEAU, DUCROCQ, FOUCART, LAFERRIÈRE (père & fils), SERRIGNY, TROLLEY. Cf. à cet égard le supplément au *Répertoire méthodique* de DALLOZ (1887-1897, t. 10) & le *Répertoire général du droit français* de FUZIER-HERMAN (1886-1906, t. 27).

²⁷⁵ À partir des années 1870, c'est l'ouvrage de l'avocat aux Conseils PÉRIER qui occupe la première place dans les références doctrinales (*Des marchés de fournitures*, 1875). Il s'agit encore d'un ouvrage destiné à un lectorat praticien.

²⁷⁶ Dans l'article paru dans le *Répertoire encyclopédique du droit français* de LABORI (1889-1896, t. 9), Jean DEJAMME – alors auditeur au Conseil d'État – s'inspire principalement du *Répertoire méthodique* de DALLOZ qu'il cite très abondamment. D'une manière certainement caricaturale, cet exemple montre ce que les emprunts faits à un même genre littéraire peuvent avoir d'exclusifs vis-à-vis des traités didactiques.

²⁷⁷ Nous pensons aux ouvrages suivants (publiés entre 1830 et 1860) : le *Dictionnaire de législation usuelle* de CHABROL-CHAMÉANE (1835, 2 vol. ; aux termes « Baux administratifs » & « Marché administratif ») ; le *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes* de TARBÉ DE VAUXCLAIRS (1835 ; au terme « Bail administratif ») ; le *Dictionnaire de droit public et administratif* de LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELAMARRE (1836, 2 vol. ; aux termes « Baux administratifs », « Concession » & « Fournitures ») ; la *Jurisprudence administrative* de CHEVALIER (1836, 2 vol. ; aux termes « Baux administratifs » & « Fournitures »).

définition – qu'il s'agisse des marchés de fournitures ou des baux administratifs par exemple – à partir des mêmes conceptions que celles qui sont promues dans les ouvrages systématiques de droit administratif. Bien que leurs auteurs exposent avant tout la législation et la jurisprudence administratives, ils les explicitent – ou parfois même les critiquent – à partir de considérations similaires à celles qui sont développées dans les ouvrages systématiques. Il est difficile de caractériser les emprunts, puisque les auteurs de ce genre d'ouvrages ne sont pas souvent cités. Nous sommes enclins à penser qu'il s'agit de conceptions communément partagées par les administrativistes de cette époque, même si elles se manifestent différemment selon la nature de l'ouvrage considéré. C'est autour de la distinction cardinale entre l'État-administrateur et l'État-propriétaire que s'ordonnent la représentation doctrinale et, donc, la mise en discours du droit administratif – ce qu'accompagnent les développements relatifs aux divers contrats de l'administration. En l'assimilant, les ouvrages systématiques l'ont amplifiée pour proposer une lecture uniforme et cohérente du droit administratif. Ceux des auteurs qui ont participé à la littérature encyclopédique ont moins soigné cet aspect, car leurs ouvrages étaient moins adaptés à cette fin. Et pourtant, il serait erroné de croire que les définitions que nous y trouvons fussent dépourvues de profondeur de vue. En tenant compte de la qualité scientifique assez variable entre ces ouvrages, force est d'admettre que les articles qui s'y trouvent assimilent cette appréhension du droit administratif, au-delà du sujet spécialement traité. Les ouvrages encyclopédiques ne sont pas des ouvrages purement descriptifs où la législation et la jurisprudence administratives y auraient été laborieusement colligées ; ils sont chargés d'une véritable densité doctrinale. À le négliger, les définitions que nous y trouvons perdraient beaucoup de leur sens, voire se prêteraient à des fausses lectures.

216. Certes, du point de vue de l'historien, ce sont peut-être les ouvrages systématiques qui renferment les développements les plus intéressants. L'écriture est moins sèche ; leurs auteurs ont été moins bornés par un format éditorial contraignant. Cependant,

(marchés de) » ; l'*Encyclopédie du droit* de SÉBIRE et CARTERET (1837, 7 vol., inachevée ; au terme « Baux administratifs » (t. 3)) ; le *Recueil des principes du droit administratif et du droit public qui se rattachent à l'administration* de LAFFON DE LADÉBAT (1842 ; aux termes « Baux administratifs », « Concession » & « Fournitures ») ; le *Répertoire de la jurisprudence du notariat* de ROLAND DE VILLARGUES (1840-1845, 9 vol. ; aux termes « Bail administratif » (t. 2) & « Marché administratif » qui renvoie à « Marché passé avec l'État, les communes et les établissements publics » (t. 6)) ; le *Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845* de LEDRU-ROLLIN (1845-1857, 15 vol. ; aux termes « Bail administratif » (t. 2) & « Marchés administratifs » qui renvoie à « Marchés de fournitures » (t. 9)) ; le *Répertoire méthodique* de DALLOZ (1845-1870 (2^e éd.), 47 vol. ; aux termes « Bail administratif » qui renvoie à « Louage administratif » (t. 30) ; « Concession administrative » (t. 12) & « Marché de fournitures » t. 31) ; le *Dictionnaire général d'administration* de BLANCHE (1849 ; aux termes « Baux administratifs », « Concession » & « Fournitures et approvisionnements pour les services publics ») ; les *Questions et traités de droit administratif* de SERRIGNY (1854 ; au terme « Fournitures (marchés de) ») ; le *Dictionnaire de l'administration française* de BLOCK (1856 ; aux termes « Baux administratifs », « Concession » & « Fournitures et marchés »).

il serait regrettable de négliger le fait que la littérature encyclopédique a mis à la disposition d'un vaste lectorat des doctrines exposées ailleurs dans des ouvrages à diffusion restreinte. En cela, elle a permis de les divulguer largement, quoique sous des expressions moins affinées. Nous nous sommes déjà attardé sur cet aspect capital : à savoir le rôle joué par cette littérature de divulgation dans la réception des doctrines administratives par la masse des praticiens anonymes – et donc dans le succès de celles-ci²⁷⁸. Néanmoins il ne faut pas pousser à l'absurde notre propos : les ouvrages encyclopédiques n'ont pas été purement et simplement les colporteurs des ouvrages systématiques. Loin d'être de pauvres épitomés, ceux-là attestent à vrai dire de la prégnance diffuse, dans la culture administrative, d'une représentation du droit administratif communément partagée, fondée sur la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Les ouvrages systématiques l'ont formalisée, c'est-à-dire qui l'ont mise en forme par l'énonciation d'un discours doctrinal linéaire plutôt que séquencé ; les ouvrages encyclopédiques l'ont propagée à l'aide d'usuels. Est-ce à dire que les premiers ont créé et les seconds, diffusé ? Nous ne le pensons pas – pas du moins sous cette expression catégorique. D'après un schéma nécessairement simplificateur, nous pourrions dire que les premiers se sont emparés d'une doctrine partagée – plus ou moins confusément – par les administrativistes de l'époque. Les débats parlementaires suscités autour du Conseil d'État sont à cet égard probants. Les auteurs des ouvrages systématiques ont apporté à cette doctrine une régularité discursive ; ils l'ont investie d'une autorité proprement scientifique. En l'incarnant, ils lui ont donné la possibilité d'être imputée à quelques noms²⁷⁹. Cette « patrimonialisation » a beaucoup contribué à sa divulgation, sinon à sa critique. Ce que les autres formes d'expressions doctrinales – débats parlementaires, répertoires, *etc.* – pouvaient plus difficilement réaliser. À commencer par le fait que cette doctrine a été plus clairement saisie, ces auteurs l'ont incarnée pour en parfaire la cohérence et lui assigner une fonction doctrinale : organiser le droit administratif autant qu'en proposer des réaménagements en certaines de ses parties. La littérature encyclopédique qui est souvent le fruit d'un travail collectif, a accompagné ces entreprises individuelles en en augmentant l'audience, c'est-à-dire en en banalisant le propos à l'attention des praticiens du droit administratif. Ainsi éclaire-t-elle la formalisation de discours doctrinaux – universitaires pour l'essentiel – soucieux de conférer au droit administratif un atout plus systématique. Elle en a accusé les

²⁷⁸ Cf. le chapitre 3, titre III, première partie (spéc. § 135 *sq.*).

²⁷⁹ La théorie des actes d'autorité et de gestion éprouva cette difficulté – celle à s'inscrire dans une généalogie doctrinale. Si tout au long du XIX^e siècle, elle est généralement imputée à BROGLIE (avec son article précité de 1828, sur les tribunaux administratifs), nous inclinons à penser que c'est autant par la clarté du style que parce que cette doctrine a manqué d'auteurs qui la défendent ouvertement dans un ouvrage. Lorsqu'il en est question dans la littérature administrative du dix-neuvième, elle apparaît comme une opinion diffuse, partagée par une frange de la société des juristes, sans jamais pouvoir être liée à quelques noms, si ce n'est celui de BROGLIE. Ceci au moins pendant la première moitié du XIX^e siècle, c'est-à-dire avant que certains administrativistes ne la promeuvent avec plus de succès, tel DUFOUR.

infléchissements en les amplifiant. Il ne faut pas cependant s'exagérer l'influence de la littérature universitaire sur la littérature administrative : celle-ci est restée mesurée dans les années 1830-1850. Néanmoins, elle a significativement contribué à l'élaboration d'une science du droit administratif en orientant l'évolution. Cela est manifeste s'agissant des contrats de l'administration, quant à la manière dont ils ont été appréhendés. FOUCART, COTELLE, LAFERRIÈRE, CHAUVEAU, SERRIGNY, DALLOZ, TROLLEY – tous assimilent les marchés de fournitures au contentieux administratif pour cette raison que leur exécution participe *essentiellement* de l'action administrative ; donc que leur contentieux en est un appendice. Toutefois, la manière dont chacun se l'explique diffère parfois sensiblement et souligne les singularités doctrinales qui les différencient. Schématiquement, certains d'entre eux assimilent purement et simplement certains contrats de l'administration aux actes administratifs. D'autres les soumettent à la juridiction administrative par l'effet d'une dérogation générale que certaines lois reconnaissent plutôt qu'elles ne créent. D'aucuns – enfin – ne conçoivent que des contrats privés ; dès lors, la compétence administrative ne s'impose qu'autant qu'un texte en décide expressément – telle est la doctrine de DUFOUR dans cette dernière hypothèse.

Paragraphe 2. – Une conception univoque des contrats administratifs déclinée en plusieurs acceptions

217. L'assimilation pure et simple des marchés de l'État aux actes administratifs :

la doctrine du Toulousain CHAUVEAU. – C'est probablement Adolphe CHAUVEAU qui, avec le dogmatisme qui caractérise ses *Principes de compétence*, incarne le mieux – sinon le seul – la première de ces trois approches. Ceci parce qu'il fonde exclusivement sa doctrine sur la distinction État-administrateur/État-propriétaire, sans – ou presque – jamais recourir à la locution « service public ». Le droit et contentieux administratifs sont induits par la manière dont il rapporte l'administration au pouvoir exécutif. L'une de ses idées principielles – qui en soi ne lui est pas personnelle – est que le droit civil est asservi aux intérêts particuliers, tandis que le droit administratif est tout entier attaché à l'intérêt général, dont le pouvoir exécutif est le seul procureur. Autrement dit, « *l'intérêt général de l'état doit pouvoir surmonter et vaincre les obstacles de l'égoïsme privé* »²⁸⁰.

Vouloir appliquer à l'état considéré sous ce point de vue élevé [c'est-à-dire l'État-administrateur] les maximes du droit civil, les entraves de la

²⁸⁰ CHAUVEAU Adolphe, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, *op. cit.*, t. 1 (1841), p. 120.

juridiction ordinaire, ce serait méconnaître les règles les plus vulgaires de la conservation de la société, ce serait pour chacun de nous, si porté à s'individualiser, si enclin au stérile égoïsme, sacrifier notre grandeur nationale, notre force intérieure, notre position extérieure²⁸¹.

Cette doctrine n'est pas simpliste. Avec une rigueur intransigeante, son auteur l'emploie à circonvenir différentes catégories de contrats, selon la nature du pouvoir administratif mobilisé ; ainsi qu'à résoudre les cas difficiles que certains font naître et qui sont de deux ordres. D'une part, la nature des contrats passés par les départements et les communes ; d'autre part, la nature de baux administratifs. Sur la seconde de ces questions, nous avons déjà cité son opinion : les baux sont des contrats du droit commun. Il faut lire à travers les lignes : ils le sont parce que ces conventions ont pour seul objet l'exploitation économique des biens domaniaux. Aucun intérêt public n'y est agrégé. La seule exception qu'il signale à ce sujet – et qui confirme la conception qu'il se fait en général des baux administratifs – est celle qui s'attache aux baux des sources d'eaux minérales appartenant à l'État. Ce n'est pas que ces conventions soient des actes administratifs à proprement parler. Cependant, les contentions qui y ont trait – avec d'autres exceptions encore – « *ont (...) une grande affinité avec celles qui constituent le contentieux administratif, et que, pour ce motif, le législateur a cru devoir mettre sous l'influence des mêmes principes de compétence* »²⁸². Pour cause, la compétence administrative s'y justifie en tant que « *les eaux minérales intéressent la santé publique. Il est donc naturel qu'elles aient été l'objet de quelques dispositions exceptionnelles* »²⁸³.

218. C'est à propos des contrats des départements et des communes qu'il accuse plus profondément les tenants et les aboutissants de sa doctrine, relativement aux contrats de l'administration.

À l'état seul je rattache l'intérêt général.

Les fractionnements du territoire composant des personnes morales, telles que le département, la commune, les établissements publics, nécessitent une surveillance tutélaire de l'état, mais chacune de ces personnes morales ne peut revendiquer comme garantie une juridiction qui n'est réservée au pouvoir exécutif que pour faire respecter un principe éminemment conservateur²⁸⁴.

De la même manière que la juridiction administrative est exclue de la gestion domaniale, elle l'est encore pour les contrats des communes et des départements. Ces derniers donnent l'occasion à CHAUCHEAU de démontrer que l'intérêt général ne peut être incarné que par un corps unitaire, sauf à le faire imposer. Seul l'État, c'est-à-dire le pouvoir exécutif dont la responsabilité est confiée aux ministres, participe de

²⁸¹ *Id.*, p. 92-94.

²⁸² *Id.*, p. 226.

²⁸³ *Id.*, p. 228-229.

²⁸⁴ *Id.*, p. 120-121. La terminologie (« *pouvoir conservateur* ») fait écho à celle employée par le comte de PORTALIS pour lequel CHAUCHEAU manifeste une profonde admiration (*id.*, p. lxxv-lxxi).

l'intérêt général²⁸⁵. Les administrations locales qui gèrent des intérêts collectifs, sont sans rapport avec l'administration *publique*.

Autant j'ai puisé de force dans ma conviction, pour défendre l'ouvrage de l'assemblée constituante, pour demander le maintien de l'organisation administrative, telle que nous l'a léguée NAPOLEON, autant je me sentirais faible et désarmé, s'il fallait soutenir, en principe, que dans le contentieux administratif rentre nécessairement tout ce qui concerne la gestion des biens et des intérêts des départements, des communes et des établissements publics²⁸⁶.

C'est pourquoi il exclut de la juridiction administrative le contentieux des marchés de fournitures des départements et communes. À cette occasion il développe ce qui – à son sens – distingue l'État, en tant que pouvoir, des administrations locales qui ne sont que des « *personnalités morales de droit privé* ». En somme, l'analyse de ces conventions emprunte pour beaucoup à la conception qu'il se fait de la nature de l'État, pris comme pouvoir exécutif.

Les conventions privées qui peuvent soulever cette grave difficulté, sont celles qui interviennent entre des particuliers et des départements, communes, hospices ou établissements publics, pour *adjudication, marchés* ou *fournitures*.

Ces adjudications ou marchés sont-ils soumis aux règles qui régissent les travaux publics et marchés concernant l'état ?

À mes yeux, les départements, communes, hospices et établissements publics, sont des personnes morales privées. À l'état seul est réservée la prérogative d'être une personne publique représentant l'intérêt général, parce que l'état *unité nationale*, c'est nous.

Vouloir attribuer juridiction à l'autorité administrative, sous le léger prétexte que les travaux et marchés concernent une partie importante du public, une agglomération d'individus, c'est méconnaître tous les principes constitutifs de la science administrative²⁸⁷.

Ainsi développe-t-il une théorie de la compétence adossée à une théorie de la personnalité. L'État peut être considéré comme « *personne morale* », à l'instar de départements, des communes, des établissements publics et des hospices. Il parle encore de « *personne morale privée* ». L'État peut être considéré comme « *personne publique* », c'est-à-dire comme procureur de l'intérêt général. Dans cette dernière hypothèse, les contrats passés à cet effet sont nécessairement des actes administratifs. « *Les marchés publics (...) rentrent essentiellement et par leur nature dans le contentieux administratif* »²⁸⁸. La législation n'aide qu'à consacrer ces principes ; elle déclare plus

²⁸⁵ Adolphe CHAUVEAU attribue le contentieux des fournitures aux ministres pour le motif que les ministres sont – de son point de vue (très controversé) – les juges administratifs de droit commun (*id.*, t. 3 (1844), p. 835). Cette juridiction, il l'assoit sur la responsabilité ministérielle : « *Plus la responsabilité ministérielle sur laquelle repose tout le jeu de la machine représentative, est importante, plus elle sert à démontrer que les ministres ont, par la nature même des fonctions qu'ils exercent dans l'État, la plénitude de la juridiction administrative. (...) Il est donc rationnel et naturel que les ministres forment le tribunal ordinaire administratif* » (*id.*, p. 817).

²⁸⁶ *Id.*, t. 1 (1841), p. 121.

²⁸⁷ *Id.*, p. 192.

²⁸⁸ *Id.*, t. 3 (1844), p. 599.

qu'elle n'institue. Les principes qu'explicite CHAUVEAU ne sont pas seulement quelques idées développées au hasard des matières, mais un réseau d'axiomes duquel ressort une doctrine parfaitement cohérente. Il incarne un cas singulier dans la doctrine administrative où son dogmatisme lui permet de s'extraire de la pesanteur des textes. Il s'en aide pour étayer ses principes sans jamais verser dans un positivisme juridique de courte vue. Aussi appréhende-t-il les contrats de l'administration depuis celles des qualifications qu'il se donne – dont celle de l'acte administratif, articulée à une théorie de l'action administrative et de la personnalité de l'État. À cet égard, CHAUVEAU est certainement celui qui a le plus emprunté aux débats parlementaires sur le Conseil d'État.

- 219. Une conception alternative, fondée sur l'idée de « service public » : les doctrines du Dijonnais SERRIGNY et du Poitevin FOU CART.** – Ces deux professeurs se distinguent sensiblement de leur collègue toulousain en s'aidant beaucoup plus que ne l'a fait celui-ci, de l'idée de « service public »²⁸⁹. Il ne s'agit pas sous leurs plumes d'un concept juridique à l'instar de celui que nous connaissons aujourd'hui, mais d'une désignation des fonctions propres à l'État. CHAUVEAU pense l'autorité administrative dans son exercice et d'après sa finalité ultime : l'intérêt général. Tandis que FOU CART & SERRIGNY préfèrent la penser d'après les activités au travers desquelles elle s'incarne. Toutefois, cette opposition doit être sentie avec beaucoup de précautions : tous participent d'une même culture administrative. Ainsi au sujet des marchés de fournitures, SERRIGNY se rapproche de CHAUVEAU au sens où la compétence administrative réside moins dans les textes que dans les principes constitutifs du contentieux administratif. S'agissant de juridiction ministérielle pour le contentieux des fournitures, le professeur dijonnais assure qu'elle « *a la même force dans la pratique que si elle était écrite dans un texte de loi formel et précis* »²⁹⁰. S'il recherche dans les textes les fondements sur lesquels cette compétence puisse reposer, c'est moins pour justifier une compétence qui eût originellement appartenue aux tribunaux que pour expliciter un mode d'organisation inscrit dans la génétique de l'administration, même s'il se fait moins catégorique que CHAUVEAU.

La juridiction des ministres et du conseil d'état dans les marchés de fournitures se justifie par l'expérience et l'intérêt bien entendu de l'état et des fournisseurs eux-mêmes. Nous avons vu que les tribunaux avaient été investis du droit de prononcer sur ces marchés par la loi du 4 mars 1793. Jamais les services publics n'ont été plus mal faits et les fournisseurs plus mal payés que sous l'empire de cette loi. Cela ne tenait pas seulement aux besoins pécuniaires de ce temps-là, mais aussi surtout aux difficultés des liquidations. Comment les tribunaux pourraient-ils connaître de l'apurement de ces comptes, dont presque toutes les pièces justificatives sont

²⁸⁹ Cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Un père du droit administratif moderne, le doyen FOU CART...*, *op. cit.* (à paraître), p. 120 *sq.*

²⁹⁰ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1842), p. 325-326.

ordinairement dans les bureaux ministériels ? Comment concilier la célérité qu'exigent la fourniture des armées, les mouvements des troupes, les besoins variables et accidentels du service, avec la lenteur et le nombre des formes judiciaires ? Et puis, n'est-ce donc rien que l'économie des frais jointe à celle du temps ?²⁹¹

Ces arguments participent à désigner un mode d'administration propre aux services publics, somme toute assez proche d'un point de vue déjà exprimé par l'avocat aux Conseils QUÉNAULT – convoqué dans le titre relatif aux controverses sur le Conseil d'État²⁹². La compétence administrative saillit les contours d'une délégation par laquelle l'administration associe des particuliers à la gestion matérielle des services publics. SERRIGNY ajoute à cela le fait que cette compétence étaye la distribution des compétences entre les autorités administrative et judiciaire.

D'ailleurs, ne peut-on pas dire qu'en ces matières les ministres ou leurs délégués traitent uniquement comme représentant l'administration publique agissant en cette qualité, et non comme représentants de l'état faisant office d'une personne privée et dépouillant tout caractère de pouvoir public, comme cela a lieu dans les questions de propriété ordinaires où l'état se trouve intéressé ? Le débat qui naît de ces marchés s'élève donc toujours entre l'intérêt collectif de l'administration opposé à celui de particuliers : ce qui est le caractère distinctif du contentieux administratif²⁹³.

C'est ce qui lui fait admettre la compétence administrative pour les fournitures des départements. Ce qu'il présente comme « *l'une des questions les plus délicates qu'offre la science du droit* »²⁹⁴, trouve sa résolution dans leur assimilation aux marchés de l'État, en tant qu'ils participent des mêmes besoins et s'inscrivent dans la même hiérarchie administrative²⁹⁵.

L'autorité administrative est seule compétente, à l'exclusion de l'autorité judiciaire, pour prononcer sur les contestations nées des marchés de fournitures à faire aux départements. Je me fonde d'abord sur ce que, s'il est vrai qu'aujourd'hui les départements sont des corporations capables d'acquiescer et de posséder, il n'en a pas toujours été ainsi : à leur origine, et pendant longtemps, ils n'ont été que des divisions du territoire et de simples circonscriptions administratives. Cet état des choses existait encore lorsqu'ont été rendus les lois et actes législatifs qui ont attribué à l'autorité administrative le jugement des marchés de fournitures faites pour compte de la nation. D'où je conclus que ces lois et décrets, et en particulier le décret

²⁹¹ *Id.*, p. 333.

²⁹² « On voit un contrat passé par le gouvernement avec un entrepreneur, et l'on conclut aussitôt que les difficultés relatives à l'exécution de ce contrat ne peuvent offrir rien d'administratif ; mais on ne fait pas assez attention que ce contrat n'est qu'un mode employé pour subvenir à la gestion d'une branche du service public, et que son exécution, qui est la matière litigieuse, consiste dans des actes relatifs à l'administration de l'État, comme à la construction de ses routes ou à la fourniture des armées, actes dominés par les règles établies dans l'intérêt du service public, qu'il y soit pourvu par des agents révocables, ou par des agents irrévocables comme le sont les entrepreneurs » (QUÉNAULT Hyppolite-Alphonse, *De la juridiction administrative*, Paris, Delaunay, 1830, p. 45-46).

²⁹³ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1842), p. 334.

²⁹⁴ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 2 (1862), p. 307.

²⁹⁵ La loi du 10 mai 1838 confère aux départements une personnalité morale. CHAUVEAU présente les départements avant cette date comme de simple circonscription sur laquelle s'exerce l'autorité ministérielle, *via* le préfet.

du 11 juin 1806, comprenaient aussi bien les marchés de fournitures pour compte des départements que ceux faits pour compte de l'État tout entier²⁹⁶.

220. À l'instar de CHAUVEAU, le contentieux des fournitures est intrinsèquement lié au contentieux administratif à la nature duquel il participe. Cela à l'inverse de FOUCART qui sur le fond, défend la même thèse sans recourir à une argumentation identique. Mais cette différence est symptomatique. Ce dernier entrevoit la même nécessité, pour l'administration, de se réserver le contentieux des marchés. Nonobstant, nous lisons dans son traité une réticence à admettre que des contrats puissent, *par leur nature même*, ressortir à la juridiction administrative. « *Ces attributions ne sont pas des conséquences directes des règles que nous avons posées, mais elles sont fondées sur le principe d'utilité publique* » écrit-il dans la première édition de ses *Éléments*.

Il est (...) du devoir de l'administration de pourvoir à tous les services publics, en passant des marchés avec des fournisseurs ou des entrepreneurs. Si l'exécution de ces conventions était laissée à l'appréciation d'une autorité différente, l'administration ne pourrait plus être responsable soit de la mauvaise exécution des personnes avec lesquelles elle aurait traité, soit des sommes qu'elle pourrait être condamnée à leur payer. De là naîtrait un double danger pour l'État : les services seraient mal faits, et le trésor public serait à la merci de l'autorité, qui aurait le droit de faire les liquidations. Pour éviter ces inconvénients, il a été établi par la législation que [les litiges y afférents] appartiennent à l'administration. Ces attributions ne sont pas des conséquences directes des règles que nous avons posées, mais elles sont fondées sur le principe d'utilité publique, et elles n'ont rien d'injuste ; car ceux qui, librement, traitent avec l'État, savent qu'ils sont soumis par les lois, et ordinairement par les stipulations expresses des contrats qu'ils souscrivent, à une juridiction exceptionnelle²⁹⁷.

FOUCART conçoit ainsi la compétence administrative comme une exception faite par la Loi, dans l'intérêt public. Dans la deuxième édition, il est encore plus explicite :

Les tribunaux ordinaires jugent les contestations qui naissent à l'occasion de l'exécution des contrats ; cette règle reçoit exception quand il s'agit de contrats passés entre les particuliers et l'État, dans l'intérêt d'un service public. (...) Il a été établi par la législation que le droit d'interpréter les clauses des contrats, de vérifier si les individus qui ont traité avec le gouvernement ont rempli leurs obligations, de déterminer par une liquidation ce qui leur est dû, appartient à l'administration²⁹⁸.

Cela dit, il ne faut pas s'exagérer cette différence avec les deux précédents auteurs – CHAUVEAU et SERRIGNY. La justification pratique par laquelle il s'explique cette compétence n'est pas très différente :

S'il en était autrement, les services les plus importants et les plus urgents pourraient être entravés à chaque instant par la lenteur des formes judiciaires, et compromis par les décisions des tribunaux ; ce serait en réalité

²⁹⁶ SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, op. cit. (1854), p. 524-525.

²⁹⁷ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 2 (1835), p. 562.

²⁹⁸ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (2^e éd.), t. 1 (1839), p. 149-150.

l'autorité judiciaire qui administrerait, et le pouvoir exécutif ne pourrait plus être responsable soit de la mauvaise exécution des personnes avec lesquelles elle aurait traité, soit des sommes qu'elle pourrait être condamnée à leur payer²⁹⁹.

FOUCART indique – en citant *De l'autorité judiciaire* de HENRION DE PANSEY – que c'est « la raison d'État, le *salus populi suprema lex* [qui] a introduit une exception qui doit être restreinte aux cas rigoureusement nécessaires »³⁰⁰. Dans la troisième édition, il développe encore cette conception en lui donnant plus d'ampleur. En traitant de la séparation des autorités administrative et judiciaire, il étend ses explications sous un paragraphe qu'il intitule « *Application aux contrats administratifs. – Justification de cette exception* ».

Au nombre des actes administratifs devant l'interprétation desquels les tribunaux doivent s'arrêter, il faut surtout placer les contrats que l'administration passe avec les particuliers dans l'intérêt du service public, par exemple, les marchés de fournitures, les adjudications des travaux publics. (...) C'est ici un droit exorbitant, nous le reconnaissons, parce qu'en thèse générale, les tribunaux sont compétents pour prononcer sur les droits qui naissent des contrats ; mais cette exception est nécessaire à l'exercice du pouvoir administratif³⁰¹.

Enfin, dans la quatrième et dernière édition, il ajoute sous les mêmes développements :

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux contrats passés dans l'intérêt d'un service public, et non à ceux qui, bien que passés par l'administration, n'ont pour objet que les intérêts privés de l'État considéré comme personne morale, tels que les baux de biens de l'État. Le contentieux de ces contrats appartient aux tribunaux ordinaires³⁰².

- 221.** En somme, ce qui distingue le professeur poitevin de SERRIGNY et CHAUVEAU, c'est qu'il attribue virtuellement aux tribunaux une compétence universelle pour les contentieux contractuels. Si la lecture de son traité peut laisser en débat cette question, son article publié dans l'*Encyclopédie du droit* de SÉBIRE & CARTERET dissipe tout doute sur la question³⁰³. Cependant pour se faire une idée juste de cette

²⁹⁹ *Ibid.* Il développe des propos identiques dans le chapitre relatif aux marchés de fournitures (*id.*, t. 2 (1839), p. 214).

³⁰⁰ *Id.*, t. 3 (1839), p. 270.

³⁰¹ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif, ou exposé méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui, suivis d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public*, Paris, Videcoq père & fils, 1843, (3^e éd., 3 vol.) t. 3, p. 262.

³⁰² FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (4^e éd.), t. 3 (1856), p. 654-655.

³⁰³ Dans un article écrit sur la « Compétence administrative », il consacre tout un développement aux déclassements : « Il est des cas où la compétence administrative, en raison de l'intérêt public, s'étend sur le domaine judiciaire ; il en est d'autres où, l'intérêt public n'en souffrant pas, l'autorité judiciaire est saisie de questions qui rentreraient, d'après la rigueur des principes, dans la compétence administrative. Il importe de connaître ces déclassements » (SÉBIRE & CARTERET (dir.), *Encyclopédie du droit, ou répertoire raisonné de législation et de jurisprudence, en matière civile, administrative, criminelle et commerciale ; contenant par ordre alphabétique : l'explication de tous les termes de droit et de pratique ; – un traité raisonné sur chaque matière ; – la jurisprudence des diverses cours et du conseil-d'état ; – un sommaire des législations étrangères*, Paris, Coulon & C^{ie}, 1836-1846 (7 vol., inachevé), t. 5 (1845), p. 270). Il développe

dérogação telle que FOU CART la conçoit, il faut se représenter que ce déclassement n'est pas l'œuvre d'une loi aux motifs étrangers au Droit. Bien au contraire, elle résulte des impératifs inhérents à la sauvegarde de l'intérêt public. Les lois qui attribuent à la juridiction administrative certains des contentieux contractuels de l'administration ne font qu'adapter la distribution des compétences administrative et judiciaire à des principes tout aussi essentiels au droit administratif : confier à l'administration les moyens d'administrer l'intérêt public avec intelligence et en jouissant de toute la latitude nécessaire, sans jamais se situer hors du Droit. Autrement dit, ces lois n'ouvrent pas une brèche dans l'édifice de la séparation des autorités administrative et judiciaire ; elles en aménagent les rigueurs pour la mettre en harmonie avec la constitution même de l'administration – celle d'un régime parlementaire. Cela n'empêche pas FOU CART d'adhérer lui aussi à la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Toutefois, lorsque CHAUVÉAU conçoit les actes administratifs comme une catégorie spécifique à laquelle appartiennent les marchés de l'administration, celui-là éprouve à cet égard quelques réticences. S'ils parviennent tous deux aux mêmes conclusions, le premier présente la compétence administrative comme un principe intrinsèque à la constitution de l'administration, tandis que le second la justifie par ce fait que la Loi a réorienté des actes dont leur nature les dirigeait de prime abord vers la compétence judiciaire. Si FOU CART tient compte des ressorts de la Loi, c'est-à-dire des précautions manifestées à l'endroit des services publics³⁰⁴, d'autres dans les années 1850 ont vu dans le décret du 11 juin 1806 une exception exorbitante sans se l'expliquer autrement que par un intérêt pratique consacré par le législateur et absolument étranger au Droit. Ces divergences

ainsi : « L'autorité judiciaire est en général compétente (...) pour résoudre les difficultés résultant des contrats. Deux grandes exceptions ont été apportées à ce principe : la première relative aux biens nationaux vendus par l'état en vertu des lois révolutionnaires. (...) L'autre exception s'applique aux contrats administratifs, c'est-à-dire passés avec un agent de l'autorité pour un service public ; elle se fonde sur le principe que l'administration, dans les matières qui concernent la marche générale de l'état, doit connaître des difficultés qui naissent à l'occasion de l'exécution de ses actes. Par suite de ce principe, l'autorité administrative a seule le droit de juger les questions qui s'élèvent à l'occasion des marchés faits avec des entrepreneurs ou des fournisseurs pour des services publics ; de liquider les créances de l'état ; de statuer, en thèse générale, sur la validité des paiements administratifs. (...) L'intérêt public veut que ces sortes de questions soient jugées par l'autorité administrative elle-même, et jusqu'à ici sa double qualité de juge et partie n'a pas diminué le nombre de ceux qui traitent avec elle. (...) Il ne suffit pas qu'un contrat soit passé avec l'administration pour que les questions que son exécution soulève soient administratives, il faut encore qu'il ait pour objet un service public. Ainsi, la gestion des biens du domaine de l'état, c'est-à-dire des biens que l'état administre comme le ferait un particulier, ne constitue pas à proprement parler un service public, quoique les revenus de ces biens entrent dans le trésor ; par conséquent les difficultés auxquelles peuvent donner lieu les baux des biens de l'état, sont en général de la compétence de l'autorité judiciaire, sauf quelques exceptions » (*id.*, p. 270-271).

³⁰⁴ De ce point de vue, il y a peu de surprise à le voir défendre la compétence administrative pour les fournitures départementales. En rappelant à leurs propos que « la compétence pour les marchés et fournitures relatifs à des services publics est administrative », il suggère la même solution que celle proposée plus tard par SERRIGNY : celle d'associer les fournitures départementales à l'exercice de l'autorité administrative, comme confiées à un échelon inférieur aux ministres, celui des préfets. « Nous pensons que les mêmes principes sont applicables aux marchés qui intéressent un service départemental public ; qu'ainsi, en cas de difficulté, le préfet statuerait provisoirement, sauf l'approbation du ministre et le recours devant le Conseil d'État ». À l'égard des marchés de fournitures communales, « il n'y a pas de distinction à faire, la compétence est toujours judiciaire » (FOU CART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (4^e éd.), t. 3 (1855), p. 367 & 520).

La consécration d'un sujet doctrinal : les contrats mobilisés à penser le droit administratif

doctrinales sur l'acception à donner aux contrats administratifs – et sur les fonctionnalités à leur conférer –, sont plus encore tangibles à propos d'une question épineuse du droit administratif : la compétence pour les baux administratifs.

Section 3. – La distinction État-administrateur/État-propriétaire éprouvée par une catégorie problématique de contrats : les baux administratifs

222. Il ne faut pas se représenter les baux administratifs comme une catégorie de contrats identifiable par des critères qui fussent objectifs, inscrits dans la nature des choses. Cette locution fut éminemment doctrinale, en ce sens qu'elle servit un dessein spécifique : celui de verser à la compétence judiciaire un certain nombre de contrats de l'administration. Aussi, les administrativistes ne sont pas efforcés de saisir une réalité qui leur échappât. Les définitions qu'ils leur donnèrent ont été solidaires de leur conception des contrats administratifs. Traiter des baux administratifs, c'est penser les contrats administratifs par un biais donné. En évoluant entre les années 1830 et 1850, la manière dont les administrativistes appréhendèrent les baux atteste d'une doctrine administrative qui, à propos des contrats de l'administration, a éprouvé sa conception en la faisant évoluer (**paragraphe 1**). La désuétude dans laquelle tomba la locution « baux administratifs » à partir des années 1850, signale les réaménagements doctrinaux qui survinrent concomitamment. Cette défaveur correspondit avec une inflexion au terme de laquelle les administrativistes marginalisèrent les contrats dans leur représentation du droit administratif (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – La nature des contrats administratifs approfondie à l'aune des baux administratifs

223. La question controversée des baux administratifs. – Pour achever notre examen de la doctrine du doyen FOU CART, il faut moins s'attacher aux marchés administratifs qu'aux baux administratifs. À leur sujet, il développe une opinion classique pour l'époque :

Les contestations qui naissent des contrats sont de la compétence des tribunaux ordinaires, à moins d'une exception formelle qui n'existe pas à l'égard des baux ; (...) les formes de l'adjudication ne changent pas la nature du contrat ; (...) l'attribution de compétence, qui est d'ordre public, ne peut résulter que d'une loi et non d'une convention des parties³⁰⁵.

C'est également à l'aide des services publics qu'il s'efforce de justifier les dérogations légales confiant le contentieux de certains baux à la juridiction administrative. Pour bien comprendre les enjeux sous-jacents aux baux, il faut se représenter que derrière l'uniformité de la locution, se rangent des conventions très disparates.

³⁰⁵ FOU CART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 2 (1843), p. 26.

BOULATIGNIER en atteste : « *Cette dénomination se trouve appliquée à des objets de nature très-différente, entre lesquels on n'aperçoit pas de lien commun* »³⁰⁶.

Cela n'a pas empêché qu'on ait tenté, il y a vingt ans environ, d'introduire, dans le droit administratif, sous le titre de *baux administratifs*, un ordre particulier de matières, qu'on a voulu ramener, au moins en ce qui concerne la compétence, à un principe commun.

Même à ce point de vue, la classification proposée manquait d'exactitude ; on a pourtant réussi à la faire accepter. Il est vrai qu'elle dût surtout son succès à cette circonstance qu'elle servit d'arme contre la juridiction administrative, à une époque où cette juridiction était l'objet d'attaques dont l'opinion publique semblait encourager la vivacité³⁰⁷.

Récusant tout à la fois la doctrine qui attribue le contentieux des baux administratifs à l'autorité judiciaire et celle qui lui est contraire, BOULATIGNIER défend cette opinion médiane suivant laquelle : « *Il faut admettre la compétence administrative ou judiciaire, non pas d'après la forme ou la dénomination de l'acte, mais d'après son objet* »³⁰⁸ ; c'est-à-dire examiner « *la nature du bail par la destination en vue de laquelle il a été fait* »³⁰⁹. C'est de cet objet (ou de cette destination) que des professeurs comme FOUCART ou SERRIGNY ont rendu compte avec l'idée de service public.

224. Explicitant l'arrêté du 3 floréal an VIII (23 avril 1800) qui attribue à la compétence administrative le contentieux relatif aux baux des eaux thermales de l'État, FOUCART écrit : « *Il s'agit ici d'un service public, et l'on conçoit l'attribution spéciale faite au conseil de préfecture par l'arrêté* »³¹⁰. De même à propos des baux des bacs, il relève que la loi du 6 frimaire an VII (26 novembre 1798) oblige l'administration à y introduire les « *clauses et conditions jugées les plus convenables à l'intérêt public* »³¹¹. Du concours de ces textes, FOUCART milite pour une distribution des compétences qui tienne compte de la nature des clauses litigieuses – nonobstant la jurisprudence du Conseil d'État qui suit une orientation quelque peu différente.

Les difficultés qui se rattachent au service public sont portées devant le conseil de préfecture, mais celles qui n'ont qu'un caractère de droit commun devraient être portées devant les tribunaux³¹².

Cette doctrine l'a poussé à systématiser – dans la quatrième et dernière édition de ses *Éléments* – un principe de compétence articulant à la distinction État-

³⁰⁶ BOULATIGNIER Sébastien-Joseph, « Baux administratifs », in BLANCHE Alfred (dir.), *Dictionnaire général d'administration...*, op. cit. (1849), p. 127.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (4^e éd.), t. 2 (1855), p. 310. Dans l'édition précédente, l'auteur indique : « *Il s'agit, en effet, ici d'un service qui intéresse la santé publique* » (*Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (3^e éd.), t. 2 (1843), p. 27).

³¹¹ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (4^e éd.), t. 2 (1855), p. 310.

³¹² *Ibid.*

administrateur/État-propritaire, une théorie des contrats de l'administration fondée sur leur association aux services publics.

Ainsi l'État, considéré sous le point de vue de sa mission politique et administrative, a vis-à-vis des simples particuliers, à l'occasion du domaine, des droits que nécessite et que justifie l'intérêt général ; les contestations qui naissent alors sont soumises à une juridiction spéciale, organisée de telle sorte que l'intérêt public ait sur les intérêts privés, et dans les limites du droit, une juste prépondérance. Mais l'État, considéré simplement comme propriétaire ou gérant des biens du domaine, dans toutes les circonstances étrangères à la politique ou à l'administration publique, est une personne morale soumise aux règles du droit commun, soit quant aux contrats qu'il passe, soit quant aux tribunaux qui connaissent des contestations auxquelles ces contrats peuvent donner lieu. (...) L'État peut donc comparaître devant les tribunaux pour tout ce qui intéresse le domaine, [comme] par exemple à l'occasion de contrats et de marchés autres que ceux passés pour un service public, dont le contentieux est de la compétence de l'administration³¹³.

C'est plus encore à propos de la liquidation des créances sur l'État qu'il donne à mieux saisir sa doctrine, car ce principe qui confie à la juridiction administrative le contentieux qui y est relatif, parfait notre compréhension des règles de compétence en matière de contrats :

Dans un grand nombre de circonstances, les administrateurs ne sont que les représentants de l'État, considéré comme une personne morale soumise aux règles du droit commun. (...) C'est (...) pour ce motif que le contentieux relatif aux baux des biens de l'État est de la compétence des tribunaux ordinaires, à l'exception toutefois des difficultés auxquelles donnent lieu les clauses qui ont trait à un service public.

Nous avons dit ailleurs que les contrats relatifs à des *services publics*, tels que les louages de service, les marchés de fournitures, les marchés de travaux publics, sont des actes administratifs proprement dits, parce qu'ils émanent de l'autorité et ont pour but un service public, et que par conséquent la liquidation et le jugement des créances qui en résultent sont de la compétence de l'administration. Mais si de tels contrats avaient eu lieu pour la gestion du *domaine de l'État*, ils rentreraient dans le droit commun, et les contestations auxquelles ils donneraient lieu seraient portées devant les tribunaux ordinaires³¹⁴.

225. En s'évertuant à esquisser pour les baux administratifs une ligne de partage qui tienne compte de la compétence judiciaire (de principe en la matière) et de la compétence administrative (nécessaire lorsque le fonctionnement d'un service public est en cause), FOUCAULT formalise une doctrine qui mérite à tous égards le titre de théorie. Pour cela, il faut admettre que cette théorie n'est pas déterminée par une analyse intrinsèque des contrats de l'administration, mais qu'elle s'étaye sur une certaine représentation de l'autorité administrative – en tant qu'elle se donne comme l'*agent* du gouvernement : c'est-à-dire 1° une autorité spécialement destinée à pourvoir aux services publics sous la responsabilité de l'État ; 2° une autorité dont la liquidation

³¹³ *Id.*, p. 316-317 (c'est nous qui soulignons).

³¹⁴ *Id.*, p. 682-684.

des dettes lui appartient en propre *via* la compétence contentieuse des ministres. Quoique la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) et le décret du 11 juin 1806 interviennent sur ces matières en se prononçant pour les marchés administratifs, FOUART fait plus qu'interpréter rigoureusement la Loi. Il l'explicite en affirmant : « *Aussi est-ce un des principes les plus constants de notre droit, que le contentieux des marchés publics est de la compétence de l'autorité administrative* »³¹⁵. S'agissant des baux administratifs, il en attribue par principe la compétence au juge judiciaire puisqu'à cette occasion l'administration est supposée se manifester comme gérant des intérêts patrimoniaux de l'État. Cela dit, il retranscrit au profit du juge administratif les différends qui mettent en cause une clause afférente à un service public. Tel est le cas pour les baux des droits incorporels, lorsque le litige touche à la régularité du service public ; par opposition aux baux des immeubles où il n'est jamais question que de la jouissance d'un bien immobilier³¹⁶. FOUART est vraisemblablement celui qui s'est le plus attaché – au milieu du XIX^e siècle – aux contrats de l'administration, si nous le comparons aux auteurs qui ont également composé un traité de droit administratif – GÉRANDO, LAFERRIÈRE par exemple. Cela dit, sa théorie n'est pas absolument inédite et s'inscrit dans des discussions depuis longtemps développées sur les baux administratifs. Dès les années 1830, certains administrativistes ont cherché – tout en ménageant cette qualification – à esquisser un partage des compétences qui fût moins manichéen que les deux alternatives souvent rapportées : ou bien la compétence judiciaire, ou bien la compétence administrative. Tels furent BOULATIGNIER & MACAREL, ou encore LAFERRIÈRE, SERRIGNY, TROLLEY³¹⁷.

226. Les baux administratifs : d'une catégorie monolithique de contrats à des contrats différenciés (les baux de bacs et de passages). – Des auteurs comme CORMENIN³¹⁸, CHEVALIER³¹⁹, LE RAT DE MAGNITOT & HUARD-DELMARRE³²⁰, se

³¹⁵ FOUART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (2^e éd.), t. 2 (1839), p. 214.

³¹⁶ FOUART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (4^e éd.), t. 2 (1855), p. 309 sq.

³¹⁷ À l'inverse, sauf pour les baux des eaux minérales appartenant à l'État dont la compétence administrative est assise par une texte, CHAUVÉAU refuse d'introduire aucune distinction entre les baux administratifs – notamment au regard des baux des bacs et passages d'eau : « *On a voulu faire à [l']égard [des baux de bacs et bateaux] une distinction que je ne saurais admettre. On a décidé que l'autorité administrative était compétente (...) pour connaître des indemnités réclamées par les adjudicataires contre l'administration, soit à raison des dommages que leur occasionnent la construction d'un pont dans le voisinage d'un bac, l'interruption des communications, etc., soit à raison des améliorations par eux apportées au matériel du bac ; mais que toutes les autres contestations, que pouvait faire naître l'exécution du bail, appartenaient à la compétence judiciaire. (...) Cette jurisprudence me paraît contraire aux principes. Une adjudication de droits de péage n'est pas un acte administratif, c'est un simple bail qui rentre dans la classe des conventions privées dont l'appréciation appartient aux tribunaux. Qu'il s'agisse de statuer sur une question d'indemnité, ou sur toute autre difficulté relative à l'exécution du bail, l'autorité judiciaire est seule compétente* » (*Principes de compétence et de juridiction administratives*, op. cit., t. 3 (1844), p. 474-475).

³¹⁸ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1826), p. 251 (v^o Baux administratifs).

sont attachés au principe d'après lequel les baux sont des contrats du droit commun et relèvent de la juridiction judiciaire toutes les fois où une loi n'en dispose pas autrement. D'après une opinion classique : « *Les formes de l'adjudication ne changent pas la nature du contrat, et (...) la loi seule, et non la volonté de l'administration, ou le caprice des parties, pouvait attribuer des juridictions* »³²¹. Il faut noter que tous les ouvrages précités sont des répertoires ou des dictionnaires. Leurs auteurs ont consciemment opté pour des formules succinctes et génériques. En outre, s'ils témoignent certainement d'une opinion dominante, celle-ci tend à se compliquer à partir du milieu des années 1830 – une fois entérinée la réaction contre la compétence administrative. Sauf quelques exceptions³²², c'est dans les traités que nous trouvons – à partir des années 1830 essentiellement – des essais doctrinaux tendant à proposer une classification des baux administratifs où les règles de compétence fussent différenciées selon la nature de chacun. En 1835, le conseiller d'État TARBÉ DE VAUXCLAIRS dissocie les baux dont l'objet est de générer un produit financier, de ceux dont l'objet est de confier la gestion matérielle d'un service public à un particulier.

En matière de travaux publics, la forme du bail ne peut convenir que pour un service courant comme celui des bacs, ou pour les opérations et procédés d'ouvrages qui doivent, demeurer les mêmes, en qualité et en quantité, pendant plusieurs années successives.

L'État, les départements, les communes et divers établissements publics possèdent des domaines et autres propriétés dont ils jouissent à titre privé, et qui peuvent donner naissance à des baux de même nature que ceux des particuliers. Ces sortes de baux sont évidemment de l'ordre judiciaire.

Il est d'autres baux que l'autorité administrative est dans le cas de passer pour divers services publics, pour des perceptions de droit³²³.

Suivi en ce sens par quelques autres administrativistes³²⁴, TARBÉ DE VAUXCLAIRS esquisse à partir de cette distinction un partage auquel la doctrine de FOUCART semble être redevable.

Ces sortes de baux peuvent donner lieu à des contestations diverses, entre les fermiers et des particuliers pour des intérêts étrangers à l'ordre ou au service public ; tout le monde reconnaît qu'elles doivent être renvoyées aux tribunaux. Mais lorsque la contestation s'élève entre le gouvernement et

³¹⁹ CHEVALIER Théodore, *Jurisprudence administrative...*, op. cit., t. 1 (1836), p. 50 (v° Baux administratifs).

³²⁰ LE RAT DE MAGNITOT Albin & HUARD-DELAMARRE Ambroise, *Dictionnaire de droit public et administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1836), p. 101-102 (v° Baux administratifs).

³²¹ CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, op. cit. (3^e éd.), t. 1 (1826), p. 247-248 (v° Baux administratifs).

³²² Il s'agit du *Dictionnaire des travaux publics* de TARBÉ DE VAUXCLAIRS et l'article de BOULATIGNIER sur les baux administratifs, publié dans le *Dictionnaire général d'administration* de BLANCHE.

³²³ TARBÉ DE VAUXCLAIRS Jean-Bernard, *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes considérés dans leurs rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence. À l'usage des ingénieurs de tous les services publics, des architectes, concessionnaires, entrepreneurs et experts, des propriétaires dont l'intérêt particulier peut se trouver opposé à l'intérêt général, et à des administrateurs ou magistrats appelés à prononcer en cette matière*, Paris, Carilian-Gœury, 1835, p. 57 (v° Bail administratif).

³²⁴ Tels par exemple BOULATIGNIER & MACAREL dans leur ouvrage précité : *De la fortune publique* (1838-1840).

le fermier ; lorsque la durée et le sort de la contestation peuvent compromettre un service public ou paralyser l'action administrative, quelques auteurs pensent, avec M. de CORMENIN, que les tribunaux ne sont pas compétents pour en connaître. (...)

Ainsi, selon nous, c'est à tort que d'autres publicistes, en s'abandonnant aux généralités, ont posé le principe absolu que, dans tous les cas, les baux administratifs sont de la compétence de l'autorité judiciaire³²⁵.

227. En prenant quelques libertés avec la jurisprudence du Conseil d'État, BOULATIGNIER & MACAREL développent cette approche pour attribuer à la juridiction judiciaire le contentieux lié au paiement des fermages ; et à la juridiction administrative, celui lié aux indemnités réclamées par le fermier au titre des troubles de jouissance occasionnés par des ordres que l'administration aurait pu lui adresser dans l'intérêt du service public au fonctionnement duquel il est associé. L'exemple mobilisé est celui des baux des bacs – c'est-à-dire celui autour duquel se cristallise l'attention de la doctrine administrative.

Il y a (...) une différence essentielle entre les baux des immeubles de l'état, où ne se trouvent guère engagés que les intérêts ordinaires d'un propriétaire foncier, et les baux des droits incorporels, notamment ceux des bacs et bateaux, où se trouvent engagés les intérêts d'un service public³²⁶.

Plus loin, ils explicitent leurs propos : « *Les fermiers des bacs et bateaux* [peuvent être assimilés à] *des entrepreneurs d'un service public de voirie* »³²⁷. BOULATIGNIER développe personnellement cette opinion dans un article sur les baux administratifs, publié dans le *Dictionnaire général de l'administration* de BLANCHE.

Dans notre opinion, il y a une différence essentielle entre les baux des immeubles du domaine nationale, où l'État n'a guère à défendre que les intérêts d'un propriétaire foncier, et les baux des droits incorporels, notamment ceux des bacs et bateaux de passage, où se trouvent engagés les intérêts d'un service public. Ces derniers baux sont de véritables actes administratifs, et non pas des actes de gestion économique³²⁸.

³²⁵ TARBÉ DE VAUXCLAIRS Jean-Bernard, *Dictionnaire des travaux publics...*, *op. cit.* (1835), p. 57-58 (v° Bail administratif). Cet auteur suggère alors de soumettre à la juridiction administrative d'autres baux de même nature : « *Ces réflexions s'appliquent naturellement aux baux que l'administration des domaines passe en présence des officiers du génie et des intendans militaires pour les herbages des fortifications, aux termes de la loi du 10 juillet 1791. La conservation des formes défensives de la place exige que le fermier ne jouisse qu'en nature d'herbages, et se conforme dans cette jouissance aux règles et consignes du service des places. Il est évident que les contestations relatives à ces règles et usages ne sont pas susceptibles d'être déférées aux tribunaux. Il en est de même des baux relatifs à la pêche et à la coupe des roseaux dans les fosses des places de guerre et dans les portions de rivières ou canaux qui leur servent de fossés, surtout quand le fermier se prétend troublé ou gêné dans sa jouissance par l'application des règles sur le service et la défense des places de guerre* ». Presque toujours citée dans les ouvrages ultérieurs, cette proposition doctrinale ne rencontra que très peu d'adhésion chez les auteurs, sauf dans le traité de Firmin LAFERRIÈRE (*Cours de droits administratifs*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 1 (1841), p. 148).

³²⁶ BOULATIGNIER Joseph & MACAREL Louis-Antoine, *De la fortune publique en France...*, *op. cit.*, t. 1 (1838), p. 362.

³²⁷ *Id.*, p. 371.

³²⁸ BOULATIGNIER Sébastien-Joseph, « Baux administratifs », in BLANCHE Alfred (dir.), *Dictionnaire général d'administration...*, *op. cit.* (1849), p. 129. En conclusion de son article, il résume la distribution des compétences pour les baux de l'État : « *Les actes administratifs qualifiés de baux, ceux-là seuls peuvent donner lieu à*

C'est en ce sens que CORMENIN oriente son opinion en aménageant les rigueurs de la compétence judiciaire³²⁹. Dans le *Dictionnaire de l'administration française* de BLOCK paru peu après, l'avocat GRÜN, qui rédigea aussi un article sur les baux administratifs, tient la même doctrine :

Quelle que soit la forme de l'acte, un bail est ou n'est pas un véritable acte administratif, selon la nature de son objet ; s'il n'a pour but que la jouissance d'une propriété, le profit à tirer d'un bien, la convention est purement civile, car l'administration agit comme ferait tout propriétaire. Si le bail a pour but direct d'assurer un service public qui ne saurait être confié à des particuliers sans caractère officiel, il est administratif. (...)

Le principe que nous venons de poser est toujours subordonné à la loi écrite qui régit chaque espèce de bail ; c'est dans l'examen de cette législation qu'il faut chercher l'appréciation de la destination réelle du caractère de service public qu'on doit rattacher au contrat³³⁰.

Quoiqu'il insiste moins sur cette question, LAFERRIÈRE introduit la même distinction. Dans les baux des immeubles, l'État « *est assimilé à la personne individuelle qui, dans son intérêt privé, s'efforce de tirer le meilleur parti de son revenu : or les tribunaux sont les juges naturels des intérêts privés* »³³¹. En revanche, il en va différemment au sujet des baux des droits incorporels. Comme BOULATIGNIER & MACAREL, il distingue entre les litiges qui portent sur l'exécution des stipulations pécuniaires et qui répondent à une logique purement contractuelle, c'est-à-dire de justice commutative ; et les litiges qui intéressent l'exécution du service, notamment les interventions de l'administration qui troubleraient la jouissance du fermier en renversant l'économie de son entreprise.

Les contestations entre l'administration et les fermiers, relativement aux fermages, et celles qui peuvent s'élever entre les fermiers et sous-fermiers pour leurs droits respectifs, sont de la compétence judiciaire : mais les contestations étrangères aux conditions du prix et relatives aux clauses et à l'exécution des baux entre l'administration et les fermiers, sont de la compétence du conseil de préfecture. Il s'agit alors d'un intérêt de communication et de viabilité, d'une surveillance à exercer sur une

un débat judiciaire entre les fermiers et l'administration, qui ont pour objet des portions du domaine nationale que l'État détient et exploite dans un simple intérêt de propriété. Quant aux baux qui ont pour objet l'exécution de services publics, et qui, pour cela, sont des actes d'administration, les litiges auxquels ils peuvent donner lieu doivent être portés devant la juridiction administrative » (*id.*, p. 131).

³²⁹ S'il défendit toujours la compétence judiciaire, CORMENIN adopte – à partir du milieu des années 1830 – un point de vue moins catégorique où il différencie selon les baux administratifs, notamment à propos des bacs et passages d'eau (*Questions de droit administratif, op. cit.* (4^e éd.), t. 1 (1837), p. 401 *sq.* (v^o Baux administratifs)). Dans la cinquième et dernière édition (1840), il propose une synthèse qui donne à mieux voir les inclinations d'une doctrine qu'il a sensiblement fait évoluer : « *En thèse, lorsque la difficulté consiste à payer ou à ne pas payer, elle peut être judiciaire ; car elle se réduit à une question d'argent. Mais, lorsque la difficulté consiste à faire ou à ne pas faire, elle devient une question administrative, car elle intéresse alors un service public* » (*Droit administratif*, Paris, Thorel, 1840 (5^e éd., 2 vol.), t. 2 ; appendice, p. 52 (v^o Baux administratifs)).

³³⁰ GRÜN Alexandre, « Baux administratifs », in BLOCK Maurice (dir.), *Dictionnaire de l'administration française, op. cit.*, 1856 (1^{re} éd.), p. 188.

³³¹ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif, op. cit.* (1^{re} éd., 1839), p. 248.

dépendance du domaine public, la compétence administrative devient, en ce cas, la compétence ordinaire³³².

Dans la deuxième édition, il précise à propos des mêmes baux : « *Il s'agit de l'entreprise d'un service public* »³³³. Lorsqu'il affine, dans la troisième édition, sa doctrine relativement au contentieux administratif, il distingue clairement « *les baux administratifs qui ont pour objet la jouissance des biens du Domaine, et qui ne portent que sur des intérêts de simple jouissance ou de revenus* », de ceux où, comme les baux de bacs ou des droits de péage, « *se trouverait engagé un intérêt général de communication placé spécialement sous la surveillance de l'administration publique* »³³⁴.

228. Le dijonnais SERRIGNY fait montre d'opinions analogues. Au sujet des baux de péages sur les ponts, il suggère après d'autres d'assimiler le fermier à un entrepreneur de voirie : « *On peut dire, pour la justifier, qu'il s'agit d'assurer le libre passage dans un lieu qui tient à la grande voirie* »³³⁵.

En mettant de côté les autorités, (...) il faut bien remarquer qu'il ne s'agit pas ici uniquement d'une question d'argent. Le motif principal qui a fait déclarer domaniaux par la loi du 6 frim. an 7 les bacs et passages, qui étaient libres avant cette loi, c'est qu'il s'agit d'assurer un service public. (...)

Le gouvernement ne représente pas là simplement une personne privée, il agit comme administrateur investi des intérêts collectifs de la société, et chargé de prendre toutes les mesures que commandent ces intérêts pour l'établissement des bacs, leur changement, leur entretien, etc.³³⁶

Au cours de l'exécution de ces baux, le fermier est contraint d'obéir aux mesures que l'administration croit devoir prendre dans l'intérêt du service public.

Quelle similitude y a-t-il entre le bail d'un immeuble ordinaire et celui d'un droit de bac ? Après le bail d'un immeuble, même appartenant à l'état, le bailleur n'a plus le pouvoir de changer les lieux : ici, au contraire, par la nature des choses et la force du pouvoir exécutif, l'administration peut et doit toujours intervenir pour commander toutes les mesures nécessaires à la sûreté des passagers, lors même qu'elles dénaturent la position du fermier³³⁷.

³³² *Id.*, p. 285-286.

³³³ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, op. cit. (2^e éd., 1841), p. 171.

³³⁴ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*..., op. cit. (3^e éd.), t. 2 (1850), p. 704-705.

³³⁵ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence*..., op. cit. (1^{re} éd.), t. 2 (1842), p. 194. SERRIGNY renvoie à l'ouvrage précité de BOULATIGNIER & MACAREL, selon lesquels : « *Quant aux litiges qui peuvent s'élever, à l'occasion de la perception du péage entre l'administration et les fermiers du droit, il semble difficile de contester la compétence administrative. D'abord, le péage est ordinairement concédé aux entrepreneurs des ponts, en paiement des travaux qu'ils ont exécutés. Dans ce cas, on ne peut échapper à l'application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an 8, qui charge les conseils de préfecture de prononcer (...)* "sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens et l'exécution de leurs marchés." La compétence de l'autorité administrative nous paraît également certaine, dans le cas même où le péage serait concédé en dehors de l'entreprise des travaux de construction ou de réparation ; car il s'agit d'un objet de grande voirie, et d'après l'article précité, les conseils de préfecture sont aussi compétents pour prononcer "sur les difficultés qui s'élèvent en matière de grande voirie" » (*De la fortune publique en France*..., op. cit., t. 1 (1838), p. 391).

³³⁶ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence*..., op. cit. (1^{re} éd.), t. 2 (1842), p. 192-193.

³³⁷ *Id.*, p. 193.

À propos des baux des eaux thermales, il conçoit toujours qu'il « *s'agit d'assurer un service public qui intéresse la santé d'une collection d'individus, et non simplement de recevoir une somme d'argent* »³³⁸. Il développe les principes plus loin qu'aucun autre lorsqu'il estime que la compétence administrative devrait rigoureusement s'appliquer aux sources des eaux thermales qui appartiennent aux communes, la loi ne prévoyant celle-ci que pour celles appartenant à l'État. SERRIGNY refuse d'introduire une différence dans les règles de compétence, selon qu'un bien employé à un service public soit possédé par l'État ou par une commune. « *Pour les communes comme pour l'état, il s'agit d'assurer un service intéressant la santé publique, qui, dès lors, rentre nécessairement dans les attributions de l'administration publique, et dont, par suite, le contentieux doit appartenir au conseil de préfecture. Il faut que l'action administrative soit libre, sauf la réparation du préjudice causé aux intérêts privés* »³³⁹. Cela ne signifie pas que les baux des biens des départements, communes et établissements publics dussent ressortir à la juridiction administrative. Il admet sans conteste qu'en règle générale, la compétence judiciaire s'impose, « *lors même qu'ils sont reçus en la forme administrative* ». « *Si l'administration intervient pour les approuver, elle ne fait en cela qu'un acte de tutelle qui valide la convention et efface l'incapacité tirée de la minorité de ces corporations* »³⁴⁰. Il y a compétence administrative lorsqu'un bail porte sur un service public. Car alors l'administration doit pouvoir user de certaines prérogatives nonobstant les stipulations contractuelles, sans quoi le service public donné à bail deviendrait une « chose » privée.

Il y a toujours, outre la question d'argent, un service public touchant une collection d'intérêts relatifs à la santé ou à la salubrité publique, et qu'il s'agit d'assurer. On conçoit, dès-lors, que l'administration ne puisse jamais se lier les mains par le bail, de manière à s'enlever son libre arbitre. Si l'exercice de son pouvoir lèse les droits du fermier, il est juste que celui-ci ait un recours ; mais ce recours ne peut être judiciaire, parce qu'il s'agit de peser, d'apprécier les actes de l'administration et l'exercice de l'autorité qui lui appartient. En un mot, l'état ou la commune ne remplissent point, en pareilles circonstances, l'office d'une personne privée : ils gèrent une collection d'intérêts³⁴¹.

229. Différencier les baux administratifs pour spécifier des contrats afférents aux services publics et soumis à la compétence administrative. – Avec l'avantage du recul de quelques années, le caennais TROLLEY systématise cette doctrine avec une netteté remarquable :

La location d'un bac a un double caractère ; c'est véritablement l'entreprise d'un service public et se rattachant soit à la grande voirie, soit à la voirie vicinale. C'est, d'un autre côté, le bail d'un produit domanial.

³³⁸ *Id.*, p. 195.

³³⁹ *Id.*, p. 199. Lorsque le Conseil d'État rend entre les deux éditions de son traité une décision contraire à cette opinion, SERRIGNY la maintient en critiquant les motifs auxquels celui-là s'est attaché (*cf. Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Durand, 1865 (2^e éd., 3 vol.), t. 2, p. 614-615).

³⁴⁰ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1842), p. 195.

³⁴¹ *Id.*, p. 200.

Toutes les difficultés qui intéressent l'*entreprise*, le service public, sont administratives et rentrent dans la compétence du conseil de préfecture. (...) S'agit-il, au contraire, non de l'intérêt public, mais de l'intérêt domanial, le bail, sous ce rapport est un contrat privé et le litige devient judiciaire³⁴².

Pour apprécier cette doctrine, il faut voir que TROLLEY l'applique également aux marchés de fournitures – spécialement à ceux des départements et des communes pour lesquels aucun texte ne se prononce. Lorsque le contentieux porte sur la liquidation, les enjeux sont uniquement pécuniaires, si bien que la compétence judiciaire ne fait aucune difficulté ; lorsqu'il porte sur le sens ou la validité d'un de ces marchés, le service public auquel se rapporte le marché est nécessairement en cause, emportant de ce fait la compétence administrative.

S'il s'agit d'une demande en paiement, elle doit être portée devant les tribunaux civils ? Le département et la commune n'ont pas, comme l'État, le privilège de faire liquider leurs dettes par la juridiction administrative ; (...) mais s'il surgit une difficulté sur l'interprétation ou la validité du marché, cette question préjudicielle doit être soumise au conseil de préfecture. Quel est, en effet, le caractère du marché ? Est-ce un acte administratif ou un acte privé ? Si c'est un acte administratif, il n'appartient pas aux tribunaux de l'annuler ou de l'interpréter. La commune et le département traitent dans l'intérêt d'un service public et par conséquent comme administrations et non comme simples particuliers, et dès lors le marché est un acte administratif³⁴³.

C'est qu'en effet, TROLLEY ne reconnaît le bénéfice de la théorie de l'État débiteur qu'à l'État. C'est d'ailleurs sous l'examen de cette règle qu'il aborde les marchés de fournitures de l'État³⁴⁴. Quasiment contemporain de la quatrième et dernière édition des *Éléments de droit public et administratif* (1855-1856) de FOUCART, cette partition des compétences corrobore ce que nous avons dit de ce dernier – sans tout à fait y correspondre, il est vrai. Certains contrats de l'administration ressortissent à la juridiction administrative parce qu'ils sont pris par l'autorité administrative, c'est-à-dire pour la satisfaction d'un service public. Encore faut-il apprécier si le contrat litigieux a été passé par l'État, auquel cas le contentieux indemnitaire relève du juge administratif. C'est pour le même motif que FOUCART attribue compétence à la juridiction administrative pour les marchés – ou bien à la clause litigieuse lorsqu'il s'agit d'un bail et qu'elle a trait aux services publics. Nous sommes tenté de penser que si aucune loi n'avait statué sur les marchés administratifs, FOUCART eût justifié pour les marchés les mêmes principes que pour les baux. Son opinion sur les marchés de fournitures des départements nous incline à le penser. Selon cet auteur, le contentieux de ces marchés, lorsqu'ils intéressent un service public, relève de la compétence du préfet qui statue provisoirement, sauf l'approbation du ministre. Aussi regrette-t-il la jurisprudence qui en attribue la compétence aux conseils de

³⁴² TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.*, t. 5 (1854), p. 403.

³⁴³ *Id.*, p. 407-408.

³⁴⁴ *Id.*, t. 1 (1844), p. 215.

préfecture, au motif que la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) n'attribue compétence aux conseils de préfecture que pour les marchés de travaux publics.

Nous avons dit que la compétence pour les marchés et fournitures relatifs à des services publics est administrative, que le contentieux est jugé en premier ressort par le ministre, mais que, dans certaines circonstances, les délégués de l'administration statuent provisoirement. (...) Nous pensons que les mêmes principes sont applicables aux marchés qui intéressent un service départemental public ; qu'ainsi, en cas de difficulté, le préfet statuerait provisoirement, sauf l'approbation du ministre et le recours devant le Conseil d'État³⁴⁵.

Il ajoute conséquemment que « *si le marché n'était pas contracté pour un service public, mais pour le département n'agissant qu'au point de vue de ses intérêts privés, nous pensons que la compétence serait judiciaire* »³⁴⁶. De même les marchés de fournitures des communes ressortissent toujours à la juridiction judiciaire, sauf lorsque « *les fournitures ne peuvent être faites qu'à l'aide d'un travail* » et que « *le travail a pour but un service public* »³⁴⁷. En définitive, nous serions en mal de faire ressortir une théorie univoque. D'une part, la jurisprudence n'a jamais aidé à développer des principes réguliers sur la question. D'autre part, les auteurs ont défendu des opinions sensiblement différentes les uns les autres. Ce qui en résulte, c'est cette idée incontestée que la compétence administrative se justifie par la nécessité où est placée l'autorité administrative, c'est-à-dire l'État-administrateur, de liquider des créances afférentes à l'exécution d'un service public. Pour autant, la distinction entre les baux et les marchés qui est loin de recouvrir celle entre l'État-administrateur et l'État-propriétaire ; le principe de l'État débiteur qui ne s'applique qu'à l'État, à l'exclusion des départements et des communes y compris lorsqu'ils assurent des services publics ; l'absence d'unanimité sur la répartition des compétences au sein même de la juridiction administrative, entre le ministre, le conseil de préfecture, le préfet ; tout cela participe à expliquer l'absence d'uniformité dans les doctrines étudiées, malgré une communauté de vues où s'y esquissent des convergences.

- 230.** De cette doctrine de l'État-administrateur à laquelle la grande majorité des administrativistes adhèrent, quelques-uns cependant s'en sont démarqués – ne serait-ce qu'un temps. Nous avons déjà explicité que DUFOUR fut l'un des rares auteurs à développer une opinion contraire à ses contemporains, et suivant laquelle les contrats fussent par nature des actes du droit commun dont le contentieux ressortît aux tribunaux, sauf les cas où la Loi en disposât autrement. C'est dans un sens contraire à ses contemporains qu'il appréhende la nature des baux administratifs. Pour cela, il

³⁴⁵ FOUcart Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (4^e éd.), t. 3 (1855), p. 366-367.

³⁴⁶ *Id.*, p. 367.

³⁴⁷ *Id.*, p. 520.

critique – pour les baux administratifs – la doctrine de TARBÉ DE VAUXCLAIRS en interprétant bien plus rigoureusement la législation :

Sans doute, le service des bacs et bateaux de passage répond à un intérêt public, et on aurait pu invoquer ce motif pour instituer la compétence administrative ; mais, dans le silence de la loi, il ne saurait suffire d'un argument par analogie pour imposer une aussi grave dérogation au droit commun. La compétence nous semble se devoir déterminer par la nature de l'acte intervenu entre l'administration et le fermier. Le bail constitue-t-il un acte administratif ? (...) L'administration, en passant un bail, n'a fait autre chose que recourir à un contrat dont les effets sont mesurés et garantis par le droit civil. (...) Il en faut conclure que toutes les difficultés qui se rapportent à l'interprétation, à l'appréciation et, un en un mot, à l'exécution du bail sont du ressort du juge ordinaire³⁴⁸.

De la même façon, il se démarque de BOULATIGNIER & MACAREL dont il ne suit pas la distinction faite selon la nature des contentieux :

Y a-t-il lieu, ainsi que le supposent les auteurs de l'ouvrage intitulé *De la Fortune publique et de son administration* (...), d'établir (...) une distinction entre les demandes qui se rattachent directement à l'exécution du bail et celles relatives aux *indemnités* que les fermiers peuvent avoir à réclamer de l'administration ? Nous ne le croyons pas.

Que le fermier *actionné en paiement de ses fermages* conteste le sens et la portée des clauses du bail, ou bien qu'il oppose à l'administration le défaut d'accomplissement de ses engagements et invoque même ce fait pour demander reconventionnellement une indemnité, le litige n'a jamais pour objet que l'exécution du contrat ; il soulève, dans les deux cas, une question purement civile³⁴⁹.

En droite ligne de la doctrine du duc de BROGLIE, cet avocat aux Conseils ne conçoit de contentieux contractuel que judiciaire. Il s'agit toujours d'apprécier une situation consacrée par les parties. Aucune autre considération ne doit être prise en compte pour apprécier les litiges qui peuvent surgir à l'occasion de l'exécution d'un bail administratif. C'est qu'en fait DUFOUR ne souhaite faire aucune distinction entre les baux administratifs, convaincu que stipuler, c'est toujours agir comme des particuliers ; que stipuler, c'est essentiellement consentir à une situation à laquelle aucune des parties ne peut se soustraire unilatéralement. Cela étant, son opinion sur cette question évolua pour accompagner une inflexion doctrinale orientée à distinguer les contrats passés pour les services publics.

³⁴⁸ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1843), p. 352-353. Il renvoie à un autre passage de son traité, cité plus haut et que nous reproduisons ici pour une compréhension plus commode de la doctrine de DUFOUR : « C'est bien pour répondre aux besoins des divers services dont elle est chargée, c'est bien comme moyen d'administration que l'autorité administrative a le pouvoir de contracter ; mais, envisagé dans son exercice, ce pouvoir ne se manifeste pas par des actes que leur forme, leur nature et leur objet rendent propres à l'administration. Les contrats n'impliquent point l'idée de commandement, d'autorité ; ils ne procèdent point d'un pouvoir dans l'acception que le droit public prête à ce mot. Qu'elle stipule ou s'oblige, l'administration ne statue en aucune manière ; l'acte produit n'a rien d'impératif ; sa force obligatoire pour ou contre l'administration ne prend ni sa source, ni sa garantie dans l'autorité propre à cette dernière ; en un mot, ce n'est point un acte administratif dans son essence, c'est un acte du droit commun » (*id.*, p. 92).

³⁴⁹ *Id.*, p. 354-355.

Paragraphe 2. – Les baux administratifs : de la critique d'une catégorie informe à l'appréhension des contrats afférents aux services publics

231. L'inflexion doctrinale de DUFOUR dans les années 1850 : la consécration d'une conception sensible aux contrats afférents aux services publics. – Il est symptomatique que DUFOUR ait modifié sa doctrine en faisant paraître la deuxième édition de son traité. Dans la première, il énonce :

On a reconnu que la forme des contrats ne changeait pas leur nature, et que l'état n'avait pas de juge privilégié pour les contestations relatives à ses biens. Et on a admis qu'en matière de contrats passés par l'administration la compétence se devait, dans le silence de la loi, déterminer par la nature, le caractère et les effets de l'acte. (...)

La juridiction des tribunaux ordinaires ne doit céder que devant une attribution expresse et dérogoire au droit commun³⁵⁰.

Dans la deuxième, son propos se fait plus consensuel, pour absorber les évolutions jurisprudentielles intervenues entre temps.

La jurisprudence tient aujourd'hui pour constant que l'interprétation des baux passés par l'administration ne peut en principe général, être donnée que par les tribunaux ordinaires. (...)

Mais l'exception à ce principe peut être commandée par une stipulation formelle et directe, *ou par la nature des services publics que le bail est destiné à assurer*³⁵¹.

Forcé en cela par le Conseil d'État, DUFOUR épouse les contours de sa jurisprudence sans toutefois renoncer à sa théorie des actes de gestion³⁵². Aussi abandonne-t-il sa doctrine qui ne considérait que la forme de l'acte, pour s'attacher davantage à sa destination :

Le conseil d'État en est arrivé à se dégager des considérations tirées du nom et de la forme de l'acte, pour ne se préoccuper que de l'objet du contrat, que du but que l'État se propose en assurant l'exploitation des bacs et bateaux, et nous croyons, en effet, que c'est à ce point de vue beaucoup plus élevé qu'il faut se placer pour résoudre la difficulté³⁵³.

Cette démarche l'amène nécessairement à se rallier à la doctrine initiée par TARBÉ DE VAUXCLAIRS ou encore BOULATIGNIER, qui distinguaient entre les baux générant spécialement un revenu, et ceux déléguant principalement la gestion d'un service public :

La mission de l'État, à l'égard des passages d'eau, est celle-là même qui lui incombe pour tout ce qui tient à la voirie. L'administration dans l'acte qui pourvoit à l'exploitation d'un bac, pas plus que dans l'acte de concession d'un pont à péage, n'a en vue ni la création, ni la perception d'un revenu ; l'objet principal, l'objet unique de l'acte est de satisfaire à un besoin de la

³⁵⁰ *Id.*, p. 361-362.

³⁵¹ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 2 (1854), p. 26 (c'est nous qui soulignons).

³⁵² *Id.*, t. 1 (1854), p. 126.

³⁵³ *Id.*, t. 3 (1854), p. 18.

circulation, et la destination du produit même que l'exécution doit donner n'est que de couvrir les dépenses de l'entreprise³⁵⁴.

Dans ce redéploiement, DUFOUR sait expliciter la nature spécifique des baux des droits incorporels, en s'appropriant une thèse qu'il avait réprouvée avant qu'elle ne soit consacrée entre temps par le Conseil d'État. Par leur objet, ces conventions se rapprochent plus des concessions que des baux des immeubles de l'État, ces derniers n'ayant pour finalité que de produire un revenu domanial, un revenu fiscal comme certains l'écrivent – autrement dit ces baux sont des contrats dont l'objet est purement économique.

Entreprise, c'est là, en effet, le mot qui convient ; que la forme du contrat soit celle d'un bail ou d'une concession, il n'y a toujours au fond qu'une entreprise, l'entreprise d'un service public, d'un service de voirie ; et ceci démontré, la compétence n'est plus douteuse, il est de toute évidence que c'est au conseil de préfecture qu'il appartient de connaître de l'exécution du contrat. *La juridiction administrative est de droit commun pour les contestations intéressant les services publics*³⁵⁵.

232. Ce serait beaucoup dire que DUFOUR fût novateur à ce sujet. Comme nous l'indiquerons quelques lignes plus bas, cette assimilation du fermier à l'entrepreneur d'un service public fut suggérée avant lui par d'autres administrativistes – auxquels des commissaires du gouvernement emboîtèrent le pas. Sur les baux des bacs et péages, FOUCART milita pour renvoyer au juge administratif les litiges fondés sur les clauses ayant traits aux services publics. SERRIGNY & TROLLEY se prononcèrent pour renvoyer au juge administratif les litiges intervenus entre le fermier et l'administration sur l'exécution du bail. DUFOUR proposa – après quelques autres – de redéfinir ces baux, en ignorant la forme du contrat pour ne s'attacher qu'à leur objet et leur attribuer une définition en conséquence – peu importe « *que la forme du contrat soit celle d'un bail ou d'une concession* », pourvu qu'il y ait « *au fond (...) l'entreprise d'un service public* »³⁵⁶. À cet égard, FOUCART lui adressa une critique, tout en reconnaissant les mérites de cette doctrine : « *Cette théorie a l'avantage de reposer sur un principe général et de couper court à beaucoup de difficultés, en rendant applicable le §2 de l'art. 4 de la loi du 18 pluviôse an VIII. Mais les contestations qui s'élèvent entre le fermier et les tiers à l'occasion des droits que son bail lui confère sont de la compétence des tribunaux ordinaires (C. d'Et., 16 juill. 1840, DEBANS.)* »³⁵⁷. Cette divergence marque l'enjeu des deux doctrines. Le doyen poitevin s'attache à toujours reconnaître la compétence judiciaire pour les contrats de l'administration. Les contrats administratifs désignent pour lui des contrats attachés au fonctionnement des services publics. Pour autant, il ne souhaite pas que tous les

³⁵⁴ *Id.*, p. 18.

³⁵⁵ *Id.* p. 18-19 (c'est nous qui soulignons). Il déploie également cette analyse pour les concessions de chemins de fer (*id.*, p. 169 *sq.*) et celles de canaux (*id.*, t. 4 (1855), p. 294).

³⁵⁶ *Id.*, t. 2 (1854), p. 18.

³⁵⁷ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (4^e éd.), t. 2 (1855), p. 312

contentieux relatifs à ces conventions ressortissent au juge administratif. La réserve de compétence ne lui semble nécessaire que pour les contentieux qui touchent spécialement au fonctionnement des services publics. C'est-à-dire pour les contentieux qui touchent aux clauses propres à régler la collaboration de l'entrepreneur à la marche des services publics. Ceux des litiges qui surgissent entre l'administration et son contractant, en portant sur des aspects strictement pécuniaires, sont – de son point de vue – de nature judiciaire. FOUCAULT a admis les lois déléguant tout en bloc le contentieux des marchés de fournitures et de travaux publics au juge administratif – il en a même appuyé l'opportunité en arguant de l'intérêt public. Il n'en reste pas moins qu'à l'instar de CORMENIN, le contentieux indemnitaire de ces marchés – toujours selon lui – ne relève pas, par nature, du contentieux administratif. Ce que le contentieux contractuel a de proprement administratif, c'est celui intervenant à l'occasion de l'exécution des clauses liées au service public. Puisqu'aucune loi ne distrait à l'avantage du juge administratif le contentieux des baux administratifs, ceux-ci doivent – selon lui – relever du juge judiciaire toutes les fois où de telles clauses ne sont pas à l'origine du litige. C'est pourquoi il s'oppose à l'assimilation entérinée par DUFOUR, lequel analyse les baux des bacs comme étant des entreprises de service public. Cette dernière doctrine étend démesurément la portée d'une législation dérogatoire à la séparation des autorités administrative et judiciaire. Cette analogie toute doctrinale – sinon jurisprudentielle – lui apparaît *contra legem*. Il n'en reste pas moins qu'en requalifiant les baux des bacs et de péages en entreprises de service public, DUFOUR participe à dissiper un état de chose propice aux confusions et que nous avons déjà signalé : les baux administratifs recouvrent des conventions foncièrement différentes. Bien qu'il analyse toujours les actes de gestion comme des actes du droit privé, DUFOUR a consommé une rupture latente en procédant à une interprétation latitudinaire des lois distribuant les compétences contentieuses des conseils de préfecture : « *La juridiction administrative est de droit commun pour les contestations intéressant les services publics* »³⁵⁸. Toutefois, nous ne saurions lui en attribuer tout le mérite.

- 233. La promotion au Conseil d'État de cette conception des contrats afférents aux services publics : les baux administratifs tombés en désuétude** – Cet effort de requalification est prégnant dans certaines conclusions prononcées par les commissaires du gouvernement au tournant des années 1850. En témoigne le *Recueil des arrêts du Conseil d'État* – autrement connu sous le nom de *Recueil Lebon*. En 1850, leurs auteurs rapportaient les propos du commissaire du gouvernement VUITRY :

Le service des bacs ou passages d'eau constitue, par sa nature même, un service public. Les fermiers de bacs ne sont, dès lors, que des concessionnaires ou entrepreneurs d'un service public. Il suit de là que les

³⁵⁸ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 2 (1854), p. 19.

contestations qui s'élèvent entre l'État et lesdits entrepreneurs concernant ce service, ne peuvent être soumises qu'à l'autorité administrative ; autrement, on violerait le principe qui veut que l'État, pour tout ce qui intéresse un service public, ne puisse pas être déclaré débiteur par les tribunaux ordinaires. On objecte que les bacs appartiennent à l'État au même titre que les immeubles dont il est propriétaire ; que l'État les donne à ferme comme ses autres propriétés ; qu'en cela, il fait purement et simplement un acte de propriétaire, et que, dès lors, il doit être nécessairement justiciable des tribunaux civils pour tout ce qui se rattache à l'exécution du bail. (...) Il y a là erreur. Les bacs font partie, non du domaine ordinaire de l'État, mais bien du domaine public. (...) C'est une portion de domaine consacrée et assujettie à un service public, et, dès lors, reparaît dans toute son autorité le principe qui vient d'être rappelé. (...) On objecte encore qu'aucune disposition de loi n'attribue expressément compétence à l'autorité administrative en cette matière, et on en conclut que les contestations dont s'agit ne peuvent être soumises qu'aux tribunaux de droit commun. En cela on n'oublie qu'une chose, c'est que la juridiction de droit commun en matière de contestations intéressant les services publics, c'est précisément l'autorité administrative³⁵⁹.

En 1851, une décision équivoque du Tribunal des conflits conduisit le commissaire du gouvernement CORNUDET à communiquer aux auteurs du *Recueil Lebon* une note clarifiant l'interprétation à donner à la jurisprudence du Conseil d'État en matière de baux administratifs. Ainsi à propos des contentieux ayant traits à certaines de leurs clauses (plutôt qu'aux taxes du tarif) :

L'administration intervient au point de vue de l'utilité commune dont elle est gardienne, et conteste au concessionnaire l'usage et l'application qu'il fait de son tarif d'une façon qui lui paraît excéder les droits qu'elle lui a concédés. (...)

Or ici, on sort du cas prévu par la loi des 6-11 septembre 1790 et celle du 27 frimaire an 8, et de la compétence que ces lois déterminent, pour rentrer dans l'application du principe qui veut que l'autorité administrative connaisse des litiges qui s'élèvent sur les contrats administratifs.

Et en effet, (...) il est incontestable que l'acte par lequel l'administration concède à un entrepreneur le droit de percevoir le péage en son lieu et place, moyennant certaines obligations dudit entrepreneur envers elle et envers le public, est un contrat administratif au point de vue des rapports que cet acte établit entre l'administration et le concessionnaire³⁶⁰.

³⁵⁹ VUITRY Adolphe, Conclusions prononcées sous l'arrêt *CARTIER et autres* (C.E., 26 janvier 1850), in LEBON Félix (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État rendus, en séances publiques, sur toutes les matières du contentieux de l'administration* (2^e série, t. 20 ; année 1850), p. 92-93. Les auteurs du recueil ajoutent en note : « Il est permis de supposer qu'indépendamment des difficultés de la question, le mot de bail, appliqué à ce genre d'actes [c'est-à-dire les baux des bacs], a jeté quelques confusions dans les idées, en faisant voir un contrat de droit civil dans un marché qui a pour objet réel un service public. Pour les ponts, par exemple, la compétence administrative n'a pas, que nous sachions, été niée jusqu'ici dans les contestations qui se sont engagées entre les concessionnaires et l'administration, et dont les exemples ont été assez nombreux, dans ces dernières années, devant le Conseil d'État ; or, un bac n'est autre chose qu'un pont » (*id.*, p. 92). Cf. encore une note analogue introduite sous la décision *PERRLAT c. État* (T.C., 7 novembre 1850, *PERRLAT c. État*) (*id.*, p. 800-801).

³⁶⁰ CORNUDET Léon, Conclusions prononcées sous la décision *ASTUGUE c. SAUTIRON* (T.C., 9 mai 1851), in LEBON Félix (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 21 ; année 1851), p. 330.

L'assimilation de certains baux administratifs à des entreprises de service public est réalisée avec un nouvel éclat par le commissaire du gouvernement REVERCHON – en 1852 :

Lorsqu'il n'y a pas dans la loi attribution spéciale de juridiction pour l'interprétation des baux administratifs, il faut faire une distinction : ou il s'agit de baux proprement dits, ou de baux, ainsi qualifiés, mais qui ne sont que des concessions portant sur un service public. La jurisprudence s'est toujours attachée à la nature et à l'objet du contrat plutôt qu'à sa forme, pour reconnaître l'autorité qui pouvait en donner l'interprétation, et a décidé que c'était à l'autorité administrative qu'il appartenait d'interpréter les baux de la seconde catégorie³⁶¹.

234. À partir des années 1850, il survient une évolution dans la manière dont sont conçus les contrats participant des services publics. Il serait excessif d'en attribuer tous les mérites au Conseil d'État. Nous avons examiné en quoi la doctrine administrative y a largement contribué dès le milieu des années 1830, en esquissant des conceptions doctrinales qui sont venues battre en brèche l'assimilation pure et simple des baux administratifs à des contrats du droit commun. Tous ces auteurs n'ont pas été membres du Conseil d'État, loin s'en faut. Certes, il convient d'admettre que l'infléchissement du discours doctrinal s'est accentué dans les années 1850, vraisemblablement pour accuser les évolutions jurisprudentielles du Conseil d'État. DUFOUR en est un exemple emblématique. Pourtant, la jurisprudence administrative n'est pas cause de tout et s'est se condamner à mal comprendre si l'on conçoit seulement que la présentation doctrinale du droit administratif s'est réglée sur les arrêts du Conseil d'État. Nous nous sommes essayé à montrer que ces conceptions concurrentes des baux administratifs ont été traversées par des représentations tout à fait abouties du droit administratif, dont le mérite revient à la première génération d'universitaires administrativistes : FOUCART, SERRIGNY & TROLLEY pour l'essentiel. La jurisprudence du Conseil d'État est pleinement redevable de cette littérature administrative, à laquelle certains ont d'ailleurs contribué – tel BOULATIGNIER. Pour dire les choses autrement, les propos que nous avons rapportés des conclusions des commissaires du gouvernement accusent si bien les problématiques énoncées et débattues par la doctrine administrative dans les années 1830 et 1840, qu'il est malaisé de nier son assimilation dans les débats contentieux.

235. **Une brisure doctrinale au milieu du XIX^e siècle : les contrats, un sujet marginalisé au sein de la littérature administrative.** – Ces réflexions sur les contrats liés aux services publics ont convergé relativement aux questions de compétence. Pour le reste, les matières auxquelles elles se sont appliquées ont relevé de chapitres distincts du droit administratif – les uns tenant à la gestion domaniale ;

³⁶¹ REVERCHON Émile, Conclusions prononcées sous l'arrêt *ISTRILA* (C.E. [statuant sur conflit], 8 avril 1852), in LEBON Félix (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 22 ; année 1852), p. 82.

d'autres à l'administration ministérielle ; d'autres encore aux attributions de la juridiction administrative. Cependant, il s'opère dans la littérature administrative des années 1850 de si grands réaménagements doctrinaux que les développements relatifs aux contrats et baux administratifs ont été très vite occultés. Les baux cessent d'être appréhendés en propre par la doctrine administrative. Expression popularisée pour favoriser une définition restrictive du contentieux administratif, la division entre les baux des immeubles du domaine de l'État et les baux liés à une entreprise de service public, a ruiné l'uniformité que laissait paraître la locution. Dans le traité de DUFOUR, l'article sur les baux administratifs disparaît dans la deuxième édition³⁶². SERRIGNY, en publiant un ouvrage praticien où il traite des principales questions difficiles du droit administratif, ne les envisage pas³⁶³. L'occurrence même se fait beaucoup plus rare dans les tables analytiques des traités – comme dans ceux de BATBIE³⁶⁴, DUCROCQ³⁶⁵, parus dans les années 1860. DARESTE, dans son ouvrage de contentieux administratif (1862), les envisage sous un chapitre intitulé : « *Le louage* ». Le *Répertoire méthodique* de DALLOZ fait un renvoi de « *Bail administratif* » (t. 6, 1847) à « *Louage administratif* » (t. 30, 1853). Le *Répertoire méthodique* de LEDRU-ROLLIN dont la réalisation est de quelques années plus anciennes, accuse le contraste en consacrant encore un article « *Bail administratif* » (t. 2, 1845). Le terme disparaît dans le supplément du *Dictionnaire général d'administration* de BLANCHE (1857). Le *Dictionnaire de l'administration française* le conserve dans sa deuxième édition (1877), tout en réduisant substantiellement les dimensions de l'article. De même l'occurrence « *Baux administratifs* » disparaît-elle progressivement du *Recueil des arrêts du Conseil d'État* à partir du milieu des années 1850, sauf à renvoyer à d'autres occurrences. Au surplus, l'une des espèces de baux les plus délicates du point de vue du partage des compétences, était celle relative aux bacs et passages. Or, ceux-ci diminuèrent considérablement à partir des années 1840, ainsi que l'explicite un auteur : « *Cette matière doit s'épuiser bientôt par suite de l'établissement de ponts dans presque toutes les localités où il existait des bacs pour le passage des rivières* »³⁶⁶. C'est plutôt par le biais des travaux publics que les entreprises ou concessions de voirie furent progressivement

³⁶² Il faut reconnaître que dans la première édition (1843-1845), l'article sur les baux administratifs est fort succinct. À partir de la deuxième édition (1854-1857), ceux-ci sont envisagés dans un chapitre consacré aux compétences des conseils de préfecture, à l'instar des autres administrativistes en général.

³⁶³ Il s'agit des *Questions et traités de droit administratif* (1854). Il faut admettre que SERRIGNY n'a pas l'ambition de tout traiter du droit administratif. Cela dit, le fait qu'il développe les principales matières et que, parmi celles-ci, celle sur les baux administratifs n'y figure pas, est significatif.

³⁶⁴ Dans la première édition du *Traité de droit public et administratif* de BATBIE (1861-1868), l'occurrence « Baux administratifs » renvoie à d'autres : « Administration communale », « Administration départementale », « Commune », « Conseil de préfecture », « État ». Elle disparaît parfaitement dans la seconde édition (1885-1886).

³⁶⁵ Dans le *Cours de droit administratif* de DUCROCQ, cette occurrence est tout à fait absente. Dans la dernière édition (1897-1905), ne figure que celles-ci : « Baux de biens et droits communaux », « Baux des biens départements », « Baux des biens domaniaux ».

³⁶⁶ SÉBIRE & CARTERET (dir.), *Encyclopédie du droit...*, op. cit., t. 3 (1843), p. 36 (v° Bail administratif).

appréhendées³⁶⁷. Cela n'explique pas que pourquoi les marchés de fournitures ont beaucoup moins suscité l'attention des auteurs à partir des années 1860. En considérant les ouvrages de BATBIE et DUCROCQ qui sont les deux plus imposants traités conçus à partir de 1860, les marchés de fournitures sont très succinctement traités. Ils le sont moins pour eux-mêmes qu'ils ne participent à examiner les compétences des ministres et – plus rapidement encore – des conseils de préfecture. C'est pourquoi il nous faut expliquer pourquoi les réflexions doctrinales, si riches au sujet des contrats de l'administration, ont très vite été reléguées au second plan à partir de la fin des années 1850. Car l'inflexion que nous notons à propos des baux administratifs n'a pas été superficielle. Elle dénote une disposition de la doctrine administrative, moins encline à considérer en propre les contrats de l'administration, plus soucieuse de le repousser aux marges du droit administratif.

³⁶⁷ Rodolphe DARESTE s'en justifie, illustrant une évolution graduelle par laquelle les administrativistes cessent de reconnaître des contrats afférents aux services publics pour les assimiler aux marchés de travaux publics. « Parmi les marchés de travaux publics, nous n'hésitons pas à ranger les baux des bacs et bateaux qui appartiennent à l'État. (...) Il est essentiel d'analyser exactement le contrat qui se forme entre l'État et l'adjudicataire. Ce dernier n'est pas un simple fermier. Il est, avant tout, entrepreneur d'un service public qui est le service du passage. On peut ajouter qu'il est encore entrepreneur de la perception du droit dû à l'État. Il se paye au moyen de l'excédant des perceptions réelles sur le prix de l'adjudication. Il est donc fermier du monopole » (*De la justice administrative en France ou traité du contentieux de l'administration*, Paris, Durand, 1862 (1^{re} éd.), p. 359-360).

Chapitre 3
**D'une représentation renouvelée du droit administratif à la marginalisation des
contrats comme sujet doctrinal**
(seconde moitié du XIX^e siècle)

236. Dans le premier chapitre, nous avons exposé que la sensibilité des administrativistes aux préoccupations gestionnaires ont conduit certains d'entre eux à faire des contrats de l'administration un véritable sujet doctrinal. GÉRANDO puis FOUCART les ont proprement considérés *via* l'étude de l'administration économique – c'est-à-dire de la gestion de la fortune publique. Dans le deuxième chapitre, nous avons explicité comment les contrats administratifs ont été formalisés comme une acception contentieuse. À cet effet, la distinction État-administrateur/État-propriétaire fut employée à les mettre en cohérence avec une certaine représentation du droit administratif. C'est pourquoi à partir du second XIX^e siècle, les contrats ont été déclassés du droit administratif – tel que du moins la doctrine administrative se l'est donné. Pour cause, celle-ci en a modifié sa conception afin d'en faciliter la promotion parmi les sciences juridiques académiques (**section 1**). Nous nous attacherons à démontrer que suivant ces mutations doctrinales, le contentieux administratif a reçu une définition au sein de laquelle les contrats ont été marginalisés (**section 2**). En présentant le contentieux contractuel comme un contentieux attiré au droit administratif par la seule autorité de la Loi, les administrativistes ont été plus enclins à apprécier les contrats de l'administration comme des contrats dont les singularités dussent être oblitérées. C'est vraisemblablement la raison pour laquelle la critique de la juridiction ministérielle s'attacha d'abord – dans les années 1860 – aux attributions afférentes aux marchés de fournitures. Attirés de la sorte à ces débats, la nature contractuelle de ces marchés fut exacerbée (**section 3**).

**Section première. – Une représentation du droit administratif bouleversée pour sa
promotion académique**

237. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, des auteurs se succédant, envisagèrent le droit administratif sous un aspect peu ou prou irréductible aux contrats de l'administration, sinon impropre à les mettre en valeur (**paragraphe 1**). Soucieux de faire admettre le droit administratif comme une science pleinement juridique, nombre d'administratifs – universitaires pour la plupart – soulignèrent celles de ses caractéristiques qui, par analogies, pouvaient autoriser une comparaison, c'est-à-dire une équivalence avec le droit civil (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Les contrats de l'administration impliqués dans les réaménagements du droit administrative académique

238. Pour comprendre cette évolution doctrinale par laquelle les contrats de l'administration ont été marginalisés à partir du second XIX^e siècle, il faut apprécier la manière dont – depuis les années 1830 – les administrativistes s'y sont pris pour en rendre compte dans leurs traités. Il est moins question d'étudier ce qu'ils en ont dit (nous venons de le faire), mais plutôt d'indiquer comment ces contrats ont été articulés à la représentation qu'ils se sont donnée du droit administratif. Seuls les universitaires se sont essayés à l'exposer selon un plan régulier et scientifique, qui ne fût pas indiqué par un usage destiné aux praticiens. C'est pourquoi nous tiendrons spécialement compte des ouvrages que nous avons regroupés sous la doctrine savante de systématisation³⁶⁸. À cet égard, il faut examiner à quels propos les contrats ont été évoqués, afin de discerner les préoccupations doctrinales des administrativistes qui s'y sont intéressés. Ceux qui firent le choix d'en traiter y ont été portés par le souci d'étayer une certaine représentation du droit administratif. Celle-ci différant selon les époques considérées, les appréhensions doctrinales qui en dérivent sont nécessairement propres à chacune. Nos efforts ne porteront pas à déceler – dans la doctrine administrative des deux derniers tiers du XIX^e siècle – les germes d'une conception qui eût abouti, grâce à l'effort patient de plusieurs générations, jusqu'au concept de contrat administratif (tel que nous l'admettons aujourd'hui). Nous ne pensons pas que nos auteurs en aient seulement développé les prémices. Entre 1830 et 1930, le temps est trop long pour que nous puissions concevoir chacune des générations liées entre elles par un même dessein. Les profondes mutations qu'a connu le droit administratif à l'aube du XX^e siècle en ont si bien renouvelé les perspectives, qu'il est vain – à notre sens – d'établir un *continuum* relativement aux réflexions doctrinales entreprises sur les contrats de l'administration. C'est-à-dire d'attribuer aux administrativistes du début du XX^e siècle la concrétisation des desseins qui auraient pu être virtuellement formulés dans le cours du XIX^e siècle. Nous préférons prendre au sérieux les auteurs de ce siècle ; débattre cette hypothèse d'après laquelle ils ont œuvré pour leurs contemporains, plutôt qu'ils n'ont travaillé à un objectif que nous leur assignons rétrospectivement – la genèse du concept moderne du droit administratif. Les administrativistes qui, dans l'Entre-deux-guerres, ont élaboré le concept de contrat administratif ont très probablement été redevables des doctrines de leurs prédécesseurs. Mais il est douteux en revanche que les administrativistes du milieu du XIX^e siècle aient été solidaires d'une entreprise doctrinale qui leur fut absolument étrangère. La conceptualisation du contrat administratif est contingente d'une certaine époque. Nonobstant les similitudes qui peuvent apparaître entre les auteurs du milieu du XIX^e siècle et ceux du début du

³⁶⁸ Cf. le chapitre 4, titre III, première partie.

XX^e siècle, nonobstant même les emprunts réalisés par les seconds sur les premiers, ceux-ci ont œuvré suivant des intentions foncièrement dissemblables. Si bien qu'il est nécessaire de déconstruire notre représentation contemporaine du contrat administratif – que nous avons reçu en héritage des administrativistes du premier XX^e siècle – pour étudier comment les contrats de l'administration ont été conçus au XIX^e siècle. Aussi souhaitons-nous rapporter à quel(s) titre(s) ils ont été un objet du droit administratif.

- 239. Les contrats de l'administration délaissés par une représentation du droit administratif réorganisée autour des administrés : LAFERRIÈRE (père).** – LAFERRIÈRE, CABANTOUS, BATBIE & DUCROCQ évoquent à plusieurs endroits de leurs traités respectifs les marchés de l'administration. Ils s'y prennent pourtant de telle sorte qu'ils marginalisent le sujet par rapport à certains de leurs contemporains (ou prédécesseurs). Ils nous paraissent avoir évacués certains enjeux captés par GÉRANDO & FOUCART. Est-ce une démission de l'intelligence ? un parti pris qui récuse l'audace de ceux-là en revenant à une méthode plus conventionnelle ? Il n'est pas toujours évident d'interpréter ces auteurs car leurs ouvrages – pour LAFERRIÈRE, CABANTOUS & DUCROCQ – sont destinés à un lectorat étudiant : le style en est ferme, incisif et presque autoritaire, si bien que la parole professorale s'empresse moins de convaincre que d'énoncer un discours dans une relation entre un lecteur néophyte et un enseignant érudit. Les têtes de chapitres sont peu – parfois pas du tout – développées. Dès lors, les choix méthodologiques qui se rapportent au plan ne sont pas toujours faciles à interpréter. Toutefois, une lecture croisée révèle qu'ils ont développé à une représentation originale du droit administratif, laquelle n'a pas été sans incidences sur la manière d'envisager les contrats de l'administration. LAFERRIÈRE est peut-être le plus explicite de tous sur les tenants et les aboutissants de son plan. D'après lui :

Le pouvoir administratif a deux objets qu'il ne faut pas confondre ici : l'un concerne l'agencement des services publics, leur organisation intérieure et détaillée, les rapports respectifs des agents supérieurs et inférieurs, l'exécution matérielle, en un mot, le côté purement technique des différents services ; l'autre concerne les rapports de l'administration avec les citoyens pour l'exécution des lois et ordonnances, les droits et devoirs réciproques des administrateurs et des administrés. – Le premier objet constitue *la partie réglementaire et technique* de l'administration et non le droit administratif : c'est le deuxième objet qui seul constitue *le droit administratif* proprement dit³⁶⁹.

Il précise encore : « *la partie réglementaire et technique de l'administration* » recouvre peu ou prou la « *science administrative* », comprise comme celle qui « *comprend la connaissance de tous les principes, de tout le mécanisme et de tous les travaux relatifs à l'administration* », lorsque le droit administratif « *comprend les droits respectifs et les obligations mutuelles des*

³⁶⁹ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, op. cit. (1^{re} éd., 1839), p. 166.

administrateurs et des administrés »³⁷⁰. Dans la deuxième édition de son cours, il use d'une citation empruntée aux *Institutes du droit administratif* de GÉRANDO, d'après lequel :

Toutes les dispositions des lois ou règlements relatifs à l'administration n'appartiennent pas pour cela à un véritable code administratif. Le code ne doit s'emparer que de celles qui fondent un droit ou qui règlent l'exercice d'un droit, dans le sens que le terme de *droit* prend en ces matières, c'est-à-dire de celles qui concernent les obligations mutuelles de l'administration et des administrés. Il ne doit pas comprendre celles qui n'ont pour objet que les parties purement techniques des différents services publics³⁷¹.

Cet emprunt est édifiant, car derrière l'apparence d'une continuité doctrinale, il accuse pourtant une profonde différence. Aucun des deux ne souhaite s'appesantir dans les détails de l'administration – persuadés que le lecteur s'y perdrait et que leur exposé manquerait de vigueur. Cela dit, le baron de GÉRANDO traite à part entière la « *gestion de la fortune publique ou de l'administration économique* »³⁷². Cette dissemblance aide à mieux saisir en quoi la démarche de LAFERRIÈRE oblique suivant une perspective inédite. Le premier ne néglige pas la gestion matérielle des services publics comme un sujet essentiellement technique, intime – pourrions-nous dire – à l'administration. Cette administration économique gère une fortune dont elle ne dispose que du dépôt ; une fortune *publique* qui ne doit être employée qu'à l'avantage de l'intérêt général – directement, avec le domaine public par exemple ; indirectement, *via* certains services publics. Il érige l'administration économique en un véritable service public afin d'en exhausser la valeur doctrinale. Elle participe de l'évaluation du gouvernement représentatif qui se légitime aussi par la manière dont il use des ressources publiques. Par l'effet d'un *continuum* institutionnel où la responsabilité ministérielle se présente comme une charnière, l'administrateur est l'objet d'une critique portée à rationaliser sa gestion. Car les normes administratives ne sont pas toutes dirigées contre les administrés. Nombre d'entre elles résultent de précautions aménagées à l'encontre des administrateurs. En donnant à voir ces dernières, le baron de GÉRANDO se place à un point de vue qui assigne au droit administratif un cadre autrement différent. Il est autant question de déterminer les rapports entre l'administration et les administrés, que d'explicitier les obligations que l'administration a envers la société – par le biais de sa représentation parlementaire.

240. En éludant cet aspect des choses, LAFERRIÈRE condense le droit administratif à un système d'obligations et de devoirs réciproques entre l'administration et les administrés. Il évince de cette discipline des préoccupations qu'il estime étrangères à la science du droit administratif, comprise avant tout comme une science proprement juridique. C'est-à-dire une science normée à partir de l'individu, en cantonnant la

³⁷⁰ *Id.*, p. 167.

³⁷¹ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1829), p. 8-9.

³⁷² *Id.*, p. 52.

gestion de l'administration dans le cadre de la science administrative exclue de l'enseignement universitaire – un enseignement dispensé à un public étudiant qui se destine essentiellement aux carrières judiciaires. Tel qu'il conçoit le droit administratif, il s'inspire du catholicisme qui structure son propos³⁷³. En se donnant à voir l'administration comme un organe de la société, il ne la conçoit pas autrement que réglée pour l'épanouissement de l'individu³⁷⁴. Celui-ci est la mesure du droit administratif. Ainsi conçue, l'administration est soumise aux principes pour lesquels la société se justifie vis-à-vis de l'individu : la conservation et le progrès³⁷⁵ – d'où les deux parties de son plan d'exposition du droit administratif. LAFERRIÈRE assume la singularité de sa méthode.

Nul n'est plus que nous convaincu de la difficulté de faire un livre vraiment scientifique sur le Droit public et administratif : MM. de CORMENIN et MACAREL ont les premiers dirigé la pratique ; MM. de GÉRANDO, PROUDHON et FOUCART ont dignement ouvert la voie à l'enseignement de cette branche du Droit. Arrivé un des derniers dans la carrière, j'ai tâché de profiter de leurs travaux ; je n'ai pas eu la pensée de faire mieux, à Dieu ne plaise ! J'ai voulu faire autrement, persuadé que l'état de la science et la diversité des esprits demandent que l'homme qui travaille consciencieusement présente son point de vue personnel³⁷⁶.

En évitant de reléguer le cours de LAFERRIÈRE à une entreprise incongrue comme de gommer ses singularités, nous pouvons dire de cette initiative qu'elle réalise une entreprise originale pour se représenter le droit administratif. Le militantisme chrétien qui la supporte la distingue spécialement de celles de ses deux contemporains : FOUCART et GÉRANDO. Sa démarche oriente les enjeux du droit administratif autour des relations entre l'administration et les administrés ; autour des droits et des obligations réciproques entre ces deux termes. De ce fait, il exclut les ressorts mêmes de l'administration, en particulier les relations spéciales qu'elle noue avec les fournisseurs et les entrepreneurs de travaux publics – qui apparaissent moins comme des administrés que comme des collaborateurs aux services publics. Ainsi envisage-t-il les travaux publics du point de vue des « *rapports de l'administration avec les citoyens* »³⁷⁷. Les marchés de travaux publics y sont traités en à peine deux pages. Les marchés de fournitures sont tout juste mentionnés à propos du contentieux administratif. Cette option méthodologique que nous ne saurions lui reprocher tant elle est développée avec cohérence, relègue dans la « *partie réglementaire et technique* » ce qui, en n'important pas directement aux administrés, touche aux normes qui règlent le fonctionnement

³⁷³ « *La pensée chrétienne de LANJUNAIS peut facilement nous faire apercevoir la source de laquelle dérivait sa théorie [qu'il nomme plus haute : « la théorie des droits et des devoirs »]. C'est à la même source que nous avons puisé. – le christianisme a scellé l'union du droit et du devoir* » (LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, op. cit. (2^e éd., 1841), p. xvi).

³⁷⁴ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif...*, op. cit., (3^e éd.), t. 1 (1850), p. 44-45.

³⁷⁵ *Id.*, p. 45.

³⁷⁶ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, op. cit. (1^{re} éd., 1839), p. vij-viii.

³⁷⁷ *Id.*, p. 714.

de l'administration. C'est-à-dire une partie qu'il indique ne pas vouloir traiter. Soucieux des droits et devoirs de part et d'autre, il est plus attentionné à saisir les points d'articulation par lesquels l'administration en action doit composer avec la situation juridique des administrés. En conséquence, il s'écarte d'un FOUCART pour qui le droit administratif consiste à « *régler les intérêts sociaux de la manière la plus profitable pour tous* »³⁷⁸, ou suivant la même formule remaniée – consiste dans « *la gestion des intérêts collectifs en vue du bien-être social* »³⁷⁹. Il se démarque du professeur poitevin qui envisage « *tout ce qui concerne la gestion de la fortune publique, la perception des impôts, l'emploi des revenus publics, l'exécution des travaux d'intérêt général, et en général tous les services publics* »³⁸⁰. Le point de vue est radicalement différent puisqu'il aborde l'administration du point de vue des services rendus au public, en portant son attention sur la manière dont elle doit s'acquitter de cette responsabilité.

- 241. Une inclination doctrinale entérinée par BATBIE³⁸¹ : le souci de faire admettre le droit administratif comme une science proprement juridique.** – L'œuvre de BATBIE n'est pas moins spécifique. Celui-ci s'est très explicitement inspiré du plan tripartite de GAIUS, constitué autour des personnes, des choses, des actions³⁸². Ce qui l'a conduit à envisager successivement pour le droit administratif : les personnes morales ; la division des choses ; les moyens d'acquérir – où il traite des marchés de l'administration – ; enfin de la compétence administrative et du contentieux administratif.

En 1859, pour la première fois, j'ai, dans mon *Précis de droit public et administratif*, appliqué à l'exposé des lois administratives les divisions de la loi romaine, adoptées depuis par les rédacteurs du Code civil. Les *personnes*, les *choses* et les *manières d'acquérir*, tels sont les trois termes de cette division fondamentale, si rationnelle qu'il est impossible d'en trouver une autre qui

³⁷⁸ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1836), p. 1.

³⁷⁹ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 2 (1839), p. 1.

³⁸⁰ À quoi s'ajoutent : « *La tutelle des intérêts collectifs, et toutes les mesures dites de police qui tendent à assurer aux citoyens les bienfaits de l'ordre, de la sécurité, de la salubrité* » (FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (4^e éd.), t. 1 (1855), p. 58).

³⁸¹ Au sujet d'Anselme-Polycarpe BATBIE (1827-1887), voir la notice biographique que lui consacre le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 254), ainsi que celle du professeur BURDEAU dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Il fit en outre l'objet d'une des premières études biographiques consacrées aux administrativistes du XIX^e siècle – par Roger VIDAL : *BATBIE, homme politique, économiste, juriste* (1950). BATBIE fut reçu premier au concours des auditeurs au Conseil d'État (1849), avant de démissionner lors de sa réorganisation impériale. Il entreprit alors une carrière universitaire : à la faculté de Dijon (1852-1853), puis à celle de Toulouse (1853-1857), avant de rejoindre la faculté de Paris (1857-1887) pour y enseigner des cours de droit administratif et d'économie politique.

³⁸² Cette entreprise n'est pas si isolée. Le professeur toulousain ROZY, en succédant à Adolphe CHAUVEAU en 1869, lui emprunta cette méthodologie en l'étayant par les mêmes motifs, c'est-à-dire « *montrer que la branche de la science juridique [dont il assume l'enseignement ; autrement dit le droit administratif] renferme dans son sein toutes les matières fondamentales que l'on rencontre dans les autres* » (*Cours de droit administratif. Leçon d'ouverture*, Montpellier, Gras, 1869, p. 10). Cf. à ce sujet : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 155 sq.

puisse rallier tout le monde. Chaque auteur a imaginé la sienne ; mais il a été seul à la trouver bonne et elle n'a été adoptée dans aucun autre ouvrage. Notre plan n'est pas une conception personnelle ; il n'est que l'application aux lois administratives d'une division qui a été adoptée pour les lois civiles³⁸³.

BATBIE affirme à l'appui de sa méthode qu'« *il y aurait plus de clarté si ces notions [celles de personne, chose, action] étaient distinguées et si nous les séparions dans l'exposé* »³⁸⁴. Car selon lui, les plans successivement choisis par ses prédécesseurs ont tous été impulsés par cette volonté de spécifier le droit administratif du droit civil, au préjudice même de l'exposition³⁸⁵.

Les juristes de l'administration ont craint qu'en adoptant [la méthode civiliste] ils ne parussent subordonner le droit administratif au droit civil. Ils n'admettent pas que le droit administratif ne soit qu'une collection d'exceptions au droit privé. Dans leur esprit, le droit a des principes qui lui sont propres et ils ne veulent pas l'enfermer dans les cadres du droit privé. Ils aiment mieux chercher une classification originale qui ne ressemble pas à celle du Code civil, afin de mieux marquer la séparation entre les deux législations³⁸⁶.

BATBIE est pour cela convaincu qu'une adhésion au plan de GAIUS peut s'entreprendre sans pour autant conduire à une acculturation du droit administratif.

[DARESTE] a systématisé la législation administrative, en employant les cadres du droit civil sans céder au droit civil pour le fond et en tenant compte des raisons administratives autant que s'il avait suivi une autre classification. Il n'y a donc pas à redouter (...) que la forme emporte le fond³⁸⁷.

Ces propos ne doivent pas tant être compris comme un résumé fidèle des entreprises doctrinales réalisées avant lui, qu'ils n'indiquent les intentions propres à BATBIE. C'est-à-dire réaliser des emprunts qui puissent faire reconnaître le droit administratif comme une science proprement juridique, sans sacrifier son autonomie vis-à-vis du droit civil.

³⁸³ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif, contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789*, Paris, Larose & Forcel, 1885-1886 (2^e éd., 8 vol.), t. 2 (1885), p. vij-viii.

³⁸⁴ *Id.*, p. xiiij-xiv. « Nous n'avons pas adopté le plan de M. F. LAFERRIÈRE, bien que notre Précis ait paru pour la première fois comme appendice à son cours, pour les raisons suivantes : 1° le droit public international doit être traité à part ; il ne fait pas partie du droit public général ; il a son existence et ses ouvrages propres ; 2° le droit public ecclésiastique n'est plus aujourd'hui qu'un chapitre du droit public général ; 3° M. LAFERRIÈRE traite sous les mêmes rubriques des autorités, des personnes, des choses et des moyens d'acquiescer. Nous avons cru qu'il y aurait plus de clarté si ces notions étaient distinguées et si nous les séparions dans l'exposé. M. FOUCAUT (*Éléments de droit public et administratif*) a suivi un ordre de matières qui ne diffère pas beaucoup de celui qu'après lui adopta M. LAFERRIÈRE » (cette dernière affirmation nous semble bien hâtive, pour ne pas dire erronée) (*ibid.*).

³⁸⁵ Cf. à ce propos le chapitre 4, titre III, première partie (spéc. les § 140 *sq.*).

³⁸⁶ *Id.*, p. xxij.

³⁸⁷ *Id.*, p. xxiiij-xxiv.

242. Ses choix méthodologiques induisent une certaine conception du droit administratif, par l'intermédiaire de laquelle il distingue l'administration de la police. « *Nous avons tellement pris l'habitude de nous servir du mot administration concurremment avec celui de police qu'il est indispensable de distinguer les attributions de l'une et de l'autre* »³⁸⁸. Il les définit chacun de la manière suivante :

L'administration pourvoit à certains services publics d'intérêt commun que l'initiative des individus ne serait pas en état de remplir ; elle procède par voie d'actes positifs, et pour ainsi dire, d'impulsion. Au contraire, la police a un rôle purement négatif ; elle empêche ou elle réprime. L'administration fait le bien ; la police empêche le mal, soit en le prévenant, soit en le réprimant³⁸⁹.

Le droit administratif, en englobant chacune de ces deux attributions, s'en distingue encore. « *Il détermine les limites légales dans lesquelles l'autorité peut se mouvoir, à l'égard des intérêts particuliers. La rencontre entre l'action administrative et les droits des citoyens est la cause ou l'occasion de nombreux froissements qui ont été, au moins en partie, prévus par les lois, et qu'en tous cas il faut résoudre, même quand le législateur garde le silence* »³⁹⁰. En cela, le professeur parisien se rapproche de LAFERRIÈRE auquel il emprunte une approche qui place le droit administratif dans le creuset formé par les interactions entre l'administration et les administrés. L'administration se distingue de la police, comme étant chacune deux missions de l'administration publique dont les procédés employés accusent la dissemblance : l'une procure, l'autre commande. Là où GÉRANDO et FOUCART formalisent le droit administratif comme la science de l'administration mise en mouvement, rapprochant en cela la police de la gestion économique comme autant de services publics ; BATBIE opte pour un point de vue emprunté à la science civiliste et qui fait du droit administratif l'étude des prérogatives spécialement mises à la disposition de l'administration dans ses rapports avec les particuliers. Autrement dit, il s'agit de régler l'exercice de ses droits avec celui des individus. L'administration y est conçue comme une entité potentiellement prédatrice vis-à-vis des droits des particuliers, tandis que GÉRANDO & FOUCART se sont essayés à l'investir dans ses mécanismes. Ce ne fut pas pour la légitimer, mais pour donner sens aux normes qui l'informent et sur lesquelles s'appuie son action. En cela, nous inclinons à penser que la doctrine de ces deux derniers auteurs est plus libérale, en ce sens qu'elle prend à corps l'administration en l'enlaçant dans toutes ses manifestations, en la pénétrant jusqu'au cœur pour en configurer l'âme, plutôt que de la cerner par les seules extrémités où elle fait sentir la pesanteur de ses prérogatives sur les administrés.

³⁸⁸ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif, contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789 ; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, Paris, Cotillon, 1861-1868 (1^{re} éd., 7 vol.), t. 1, p. 22.

³⁸⁹ *Id.*, p. 22-23.

³⁹⁰ *Id.*, p. 23.

- 243. Des contrats de l'administration rapprochés du droit des obligations : un propos doctrinal destiné à oblitérer leur singularité.** – La manière dont BATBIE envisage les contrats de l'administration corrobore notre interprétation de son traité. Nul doute que selon lui, les concessions (de travaux publics) et les marchés de l'administration soient des « *moyens d'acquérir spéciaux à l'ordre du droit public* »³⁹¹. Il traite de ces contrats sous un chapitre consacré aux travaux publics, laissant en cela entrevoir une démarche pas si éloignée de celle de GÉRANDO & FOUCART. Pourtant, il caractérise moins un mode de gestion qu'il discerne un mode d'acquisition spécifique des autres – recouvrement des contributions, expropriation et réquisition pour l'essentiel. En ouvrant son chapitre sur les travaux publics, il écrit :

Nous entrons dans un ordre d'études qui correspondent aux contrats et obligations conventionnelles du droit commun. Les entreprises de travaux publics ont lieu en vertu, ou de traités amiables, ou d'adjudications aux enchères ; il en est de même des marchés de fournitures. Or le *traité amiable* et l'*adjudication* sont de véritables contrats. Les *pensions* qui viendront ensuite ont leur analogue dans les rentes viagères du droit civil. Les *emprunts* et autres moyens de s'engager peuvent, sous certaines conditions qui tiennent à la minorité des personnes morales, être employés par l'État, les départements et les communes³⁹².

Il préfigure, en un sens, certaines entreprises doctrinales réalisées plus tard et qui considéreront spécifiquement les contrats de l'administration – et qui furent spéciales autant que praticiennes, comme celle de PERRIQUET. Au lieu de rendre compte des marchés et des concessions comme d'une manière d'administrer certains intérêts publics, par le concours de l'initiative privée, il emploie le droit des obligations à singulariser certains actes de l'administration. Pour le dire autrement, il pense moins les contrats de l'administration comme une modalité de l'action administrative, qu'il ne les conçoit comme des actes consensuels – nature dont il tire parti pour son approche. Il pense ces actes pour ce qu'ils sont, non suivant ce à quoi ils participent. Cette méthode est tout à fait en rapport avec la démarche par laquelle il expose le droit administratif. Autrement dit, les contrats de l'administration sont comme dépayés de l'action dont ils relèvent, tandis que certains administrativistes se sont évertués à en marquer l'empreinte. Ce qui importe pour BATBIE, ce sont les individus : donc les différents rapports juridiques par lesquels l'administration prend contact avec eux.

- 244.** Cette différence de point de vue explique – pensons-nous – qu'il développe d'intéressants propos sur la concession où il y épuise les différentes acceptions données à cet acte. À l'inverse, il traite très laconiquement des marchés de fournitures

³⁹¹ *Id.*, p. 5.

³⁹² *Id.*, t. 7 (1868), p. 155.

puisqu'ils « *offrent plus d'une ressemblance avec les traités de travaux publics* »³⁹³. La nature de ces contrats étant assez proches, les obligations réciproques qui en naissent ne sont pas telles qu'elles nécessitent de développements supplémentaires. C'est plus à distinguer les marchés de travaux publics d'avec les marchés de fournitures qu'il s'attache³⁹⁴. Il n'est pas question de critiquer cette démarche comme si elle fût indigente, mais de marquer les infléchissements auxquels BATBIE procède dans la conception de son sujet. GÉRANDO & FOUCART envisagent un mode d'administration de nature à garantir – notamment – l'administration contre elle-même. Les marchés sont des modes de gestion qui organisent une délégation en faveur de l'initiative privée et qui, à ce titre, déploient une somme de précautions pensées tant à l'encontre des contractants de l'administration que des administrateurs. BATBIE analyse au contraire les obligations réciproques que font naître ces conventions, négligeant ou infléchissant le sens de certaines normes qui y sont afférentes. Il ne tient pas compte de cette appréhension qui entoure les administrateurs d'une méfiance propre à prévenir les abus que leur position peut leur faire commettre. Cette préoccupation gestionnaire dont il fut question plus haut³⁹⁵ est évacuée aux confins du droit administratif. S'inspirant de la théorie civiliste des obligations conventionnelles, il appréhende les contrats de l'administration suivant leur nature juridique en employant le droit civil. Ce n'est pas dire qu'auparavant les administrativistes se soient abstenus de les présenter sous ce rapport. Néanmoins, BATBIE y consacre toute son attention. Quoique plus succincts, les développements qui y ont trait demeurent, quant au fond, assez similaires (indépendamment des évolutions jurisprudentielles) à ce que nous trouvons dans les ouvrages précités de GÉRANDO & FOUCART. C'est surtout la manière d'envisager le sujet qui dénote d'un changement ; et avec cela, les préoccupations doctrinales qui y sont sous-jacentes. BATBIE revendique une démarche scientifique, c'est-à-dire une démarche qui mobilise des référents civilistes conçus par les juristes comme caractéristiques de la science juridique. Si le changement de perspective est discret, il implique une autonomisation du sujet – celui des contrats de l'administration, ou plus justement de certains d'entre eux, ceux pour lesquels l'administration ne s'abandonne pas totalement au droit commun. Ces contrats sont moins envisagés du point de vue de l'action administrative qu'ils ne le sont pour eux-mêmes. Il serait excessif de dire qu'une rupture fut ainsi consommée. Cependant – et en forçant un peu le trait pour mieux en souligner la singularité –, BATBIE pose une approche qui, pour n'être pas subversive, n'en reste pas moins relativement iconoclaste pour son époque.

³⁹³ *Id.*, p. 281.

³⁹⁴ Aussi étudie-t-il seulement trois questions à ce sujet : 1° la « *comparaison entre les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics* » ; 2° les « *différences entre le fournisseur et l'entrepreneur* » ; 3° la nature du « *traité relatif à l'éclairage au gaz* » (*ibid.*).

³⁹⁵ Cf. le chapitre 1, titre IV, première partie.

245. La contribution de CABANTOUS : les contrats de l'administration rejetés dans

l'étude du contentieux administratif. – Précédant de peu BATBIE, un autre auteur doit être remarqué : le doyen CABANTOUS, professeur de droit administratif à la faculté d'Aix depuis 1843. Son œuvre majeure – ses *Répétitions écrites sur le droit administratif* – est présentée comme étant un manuel universitaire. Son intitulé est d'ailleurs intentionnellement inspiré des répétitions écrites de droit civil de MOURLON, spécialement destinées aux étudiants en licence. Sans négliger cette ambition, il peut être considéré comme étant un ouvrage de systématisation tant ses développements révèlent un parti pris doctrinal discrètement énoncé, mais clairement assumé. Après le cours de LAFERRIÈRE et avant le traité de BATBIE, nous y retrouvons la même définition du droit administratif : la science du droit administratif « embrasse [les règles] qui fixent les rapports des particuliers avec l'autorité administrative »³⁹⁶. S'agissant d'un ouvrage conçu pour un public étudiant et, de surcroît, destiné à être un support à son cours, il s'explique assez peu sur les raisons de cette définition. La lecture de certains de ses articles – où le ton est différent, puisque s'adressant à un public savant³⁹⁷ – nous incline à penser que cet auteur a été sensible avant tout aux droits des administrés – d'où une convergence de vue avec LAFERRIÈRE & BATBIE. Ce qui ne veut pas dire que GÉRANDO & FOUCART ne l'ont pas été. Toutefois, ces derniers ont conjugué d'autres préoccupations avec celle-ci, tandis que les premiers en ont fait la matrice de leur méthode. C'est pourquoi CABANTOUS s'est attaché à étudier l'autorité administrative, c'est-à-dire à examiner l'étendue des sujétions individuelles qu'elle peut réclamer des administrés. À l'instar d'autres administrativistes, c'est une manière de promouvoir les droits des administrés, plutôt que – suivant une lecture un peu trop univoque nous semble-t-il – de légitimer la puissance publique.

246. La délimitation de son sujet l'indique suffisamment. Aussi élude-t-il l'étude des « administrations spéciales », puisqu'elles n'intéressent plus « la généralité des particuliers »³⁹⁸ ; et les « rapports mutuels des autorités administratives » qui, par définition, n'ont aucune espèce d'« influence sur leurs rapports directs avec les particuliers »³⁹⁹. Enfin, la « manière dont l'organisation administrative se rattache aux grands pouvoirs publics » comme la « pratique administrative » débordent de son cadre, l'un versant vers le droit constitutionnel,

³⁹⁶ CABANTOUS Louis, *Répétitions écrites sur le droit administratif, contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, Marecq & Dujardin, 1854 (1^{re} éd.), p. 1.

³⁹⁷ Nous pensons à son article intitulé : « Des conditions essentielles pour l'existence et le développement du droit administratif » (*in Académie de législation de Toulouse* 1857, VI, p. 214).

³⁹⁸ « Nous traiterons de l'autorité administrative, non pas sous tous ses aspects si variés et si nombreux, mais seulement en tant qu'elle intéresse la généralité des particuliers. Nous devons donc négliger toutes les administrations spéciales, pour nous occuper exclusivement de l'administration générale » (CABANTOUS Louis, *Répétitions écrites sur le droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1854), p. 1).

³⁹⁹ *Ibid.*

l'autre vers la science administrative, spéciale à l'administrateur⁴⁰⁰. L'autorité administrative ne lui importe que dans ses principales manifestations vis-à-vis des administrés. S'ajoutent à cela des contraintes plus prosaïques qui n'en ont pas moins d'influences sur le plan de son ouvrage et qu'il est important d'avoir à l'esprit pour ne pas se risquer à mésinterpréter sa doctrine :

Il faudrait d'abord étudier l'organisation administrative dans ses rapports généraux avec les particuliers, et puis les diverses matières sur lesquelles ces rapports se spécialisent et se fixent. Nous nous bornerons ici à la première de ces deux tâches, la seule que permettent de remplir les limites annuelles de l'enseignement administratif dans les facultés de droit⁴⁰¹.

Suivant cette perspective, il choisit d'entreprendre l'exposé de l'organisation administrative d'après un axiome fort répandu depuis le début du XIX^e siècle, *via* l'exposé des motifs de la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) : l'action administrative se décompose en action, contrôle et jugement⁴⁰². En 1854, cela signifie prendre parti pour une stricte séparation entre l'administration active et l'administration contentieuse. À cette date, c'est protester contre la juridiction ministérielle au sujet de laquelle l'opinion majoritaire – ce depuis le début des années 1850 – s'accorde à reconnaître qu'elle constitue la juridiction administrative de droit commun. Si CABANTOUS argumente *in fine* en faveur de la juridiction ministérielle comme juridiction de droit commun, c'est parce que l'état du droit positif lui semble indiquer cette solution. Il n'en reste pas moins qu'il porte son affection pour une stricte séparation entre l'administration active d'avec la juridiction administrative :

Il importe de remarquer que si le contrôle et l'action sont invariablement séparés, l'action et le jugement ne le sont pas toujours. Par exception à la règle générale, certains administrateurs ont aussi dans leurs attributions le jugement de certaines affaires contentieuses.

Nonobstant ces anomalies et en les réservant, il est parfaitement vrai de dire que l'administration se divise en trois branches : *l'administration active*, ou l'ensemble des *agents administratifs* ; *l'administration consultative*, ou l'ensemble des *conseils administratifs* ; *l'administration contentieuse*, ou l'ensemble des *tribunaux administratifs*.

Cette division générale de l'administration nous fournit le plan et l'ordre de cet ouvrage⁴⁰³.

Nous développerons dans la section suivante l'impact qu'eurent les controverses relatives à la juridiction ministérielle sur la conception que se firent les

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 1-2.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 2.

⁴⁰² « Considérée en elle-même, [l'autorité administrative] présente un triple aspect, remplit un triple office : l'action, le contrôle, le jugement » (*id.*, p. 4). Plus loin il précise sa pensée : « Pour remplir pleinement sa mission, l'autorité administrative doit agir, s'éclairer sur les conséquences de ses actes, faire droit aux réclamations qu'ils soulèvent. Il convient qu'elle réunisse ces trois fonctions essentielles, pour assurer sa marche et atteindre son but. En confier une seule à l'autorité judiciaire, ce serait entraver l'exercice des deux autres et s'exposer à des luttes incessantes. Notre organisation administrative n'encourt pas ce reproche. Elle présente un tout complet et homogène, et comprend dans son vaste cadre : des agents pour l'action ; des conseils pour le contrôle ; des tribunaux pour le jugement » (*id.*, p. 5).

⁴⁰³ *Id.*, p. 6.

administrativistes des contrats de l'administration. Pour l'instant, notons seulement que cette opinion dénote une indépendance d'esprit, en dissonance avec l'opinion majoritairement admise – ou dirions-nous répercutée – par la littérature administrative. L'une des principales préoccupations de CABANTOUS fut tout à la fois d'asseoir le droit administratif au chapitre des sciences universitaires, c'est-à-dire d'en faire admettre la valeur académique ; et de dénoncer ce qui, dans l'organisation administrative et la juridiction administrative spécialement, donnait prise aux réprobations diffuses qui contribuaient à discréditer cette discipline au sein de l'Université. Le plan de son ouvrage y participe essentiellement, nonobstant les aménagements qu'il dut y apporter pour tenir compte du format éditorial et du lectorat auquel il s'adressait.

247. La définition qu'il se donna du droit administratif fit que CABANTOUS envisage assez peu les contrats de l'administration. Pour des raisons similaires à celles exposées pour LAFERRIÈRE & BATBIE, il n'en traite essentiellement qu'à l'occasion des contentieux auxquels ils donnent lieu. À propos des marchés de fournitures, il annonce d'office à son lecteur : « *Nous n'avons point à nous occuper des règles concernant la forme et les conditions des marchés de fournitures. Nous ne devons traiter que des contestations qui peuvent naître de ces marchés et des autorités compétentes pour y statuer* »⁴⁰⁴. À l'instar d'un LAFERRIÈRE et, plus tard, d'un BATBIE, les contrats de l'administration renvoient à l'administration ministérielle. Les règles qui y sont afférentes ne semblent présenter, de son point de vue, aucun intérêt pour les administrés – sauf à déterminer les juges compétents pour connaître du contentieux des marchés. Car alors il est question de l'organisation administrative. Les marchés de l'administration ne sont évoqués qu'au titre des dérogations introduites par la législation relativement à l'attribution de leur contentieux. Autrement ce sujet, comme ayant trait à la gestion administrative, demeure absolument étranger au droit administratif tel que CABANTOUS se l'est défini. En somme, les contrats de l'administration sont exclus de son examen.

248. La contribution de DUCROCQ⁴⁰⁵ : une doctrine alternative à celle de BATBIE, quoiqu'analogue à l'inflexion doctrinale de ses contemporains – Successeur de

⁴⁰⁴ *Id.*, p. 271. S'il atténue la rigueur de cette approche à partir de la troisième édition de son ouvrage (1863) où il traite en un paragraphe de la passation des marchés de fournitures, cela indique assez bien le sens de sa démarche.

⁴⁰⁵ Au sujet de Gabriel-Auguste-Théophile DUCROCQ (1829-1913), voir la notice biographique que lui consacre le professeur TOUZEIL-DIVINA (*La doctrine publiciste, 1800-1880...*, *op. cit.* (2009), p. 264), ainsi que celle du professeur GONOD dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Nommé à la faculté de Poitiers, il y assumait des cours de droit criminel avant de remplacer le doyen FOUCART (1859). En 1884, il obtint d'être muté à la faculté de Paris où l'année suivante il remplaça VUATRIN dans l'une des deux chaires de droit administratif (la seconde étant assumée par BATBIE). À la mort de ce dernier (1887), il fut même titulaire des deux chaires jusqu'à la nomination de BERTHÉLEMY (1896) – tous deux assistés par MICHEL. Il prit sa retraite en 1899.

FOUCART à la chaire de droit administratif de la faculté de Poitiers (1859), il se définit le droit administratif d'une manière assez proche de LAFERRIÈRE, CABANTOUS & BATBIE. « *Le Droit administratif est l'ensemble des règles qui régissent, pour les limiter ou pour les garantir, les droits des citoyens dans leurs relations avec les intérêts collectifs et président à la formation des divers organes de l'action, de la délibération et de la juridiction administratives* »⁴⁰⁶. Ou suivant une autre définition, proposée ultérieurement : il s'agit de « *l'ensemble des principes et des règles qui résultent des lois d'intérêt général et de celles qui président au fonctionnement de tous les organes, non judiciaire, du pouvoir exécutif, chargés de leur application* »⁴⁰⁷. À l'une comme à l'autre, il y adjoint un plan dont l'architecture est tirée des « *entrailles même du Droit administratif* » plutôt que depuis « *des analogies plus spéculatives que fondées, puisées dans le Droit civil et peu réalisables dans le Droit administratif* »⁴⁰⁸ – allusion au plan de BATBIE. Son plan envisage successivement les institutions administratives, du point de vue de leur organisation comme de leurs compétences ; la réglementation administrative ou les lois administratives, c'est-à-dire celles qui « *appliquent, limitent et réglementent les principes de droit public, d'ordre politique, d'ordre religieux, d'ordre naturel ou civil* »⁴⁰⁹ ; enfin, les personnes morales du droit administratif. L'idée principielle du plan de DUCROCQ est l'articulation du droit constitutionnel au droit administratif, le premier touchant aux « *principes du droit public* », le second « *en rég[ant] l'application* » : « *Cette réglementation fait l'objet d'un très-grand nombre de lois administratives dont l'ensemble forme une partie notable du droit administratif* »⁴¹⁰. Nonobstant la locution « *lois administratives* » qu'utilise l'auteur, il en réalise moins « *l'exégèse* » que « *l'exposé scientifique* »⁴¹¹, organisé autour des principes de droit public de l'ordre politique ; de l'ordre religieux ; et de l'ordre civil.

249. À l'instar des précédents, DUCROCQ investit le droit de l'administration du point de vue de ses interactions avec les individus. C'est-à-dire du point de vue de l'ajustement

⁴⁰⁶ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, Paris, Durand, 1862 (1^{re} éd.), p. 2.

⁴⁰⁷ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique ; quatrième édition considérablement augmentée, mise au courant de la Doctrine, de la Jurisprudence, de la Statistique, des Programmes pour les Concours à l'auditorat du conseil d'État et de la Cour des comptes, pour ceux du Ministère de l'intérieur, du Ministère des finances, et de diverses administrations publiques*, Paris, Thorin, 1874 (4^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 4.

⁴⁰⁸ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), p. iv.

⁴⁰⁹ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique ; cinquième édition considérablement augmentée, mise au courant de la Doctrine, de la Jurisprudence, de la Statistique, des Programmes pour les Concours à l'auditorat du conseil d'État et de la Cour des comptes, pour ceux de l'institution des attachés de la Chancellerie et des Parquets, du Ministère de l'intérieur, du Ministère des finances, du Ministère de la marine, et de diverses administrations publiques*, Paris, Thorin, 1877 (5^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 12.

⁴¹⁰ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), p. 119.

⁴¹¹ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, Paris, Fontemoing, 1897-1905 (7^e éd., 7 vol.), t. 3 (1897), p. 2.

des droits de l'administration d'avec ceux des individus, suivant la destination particulière de chacun. Il élude les contrats de l'administration comme sujet doctrinal, pour n'en traiter qu'à propos des compétences des juridictions administratives. La manière dont il s'en justifie montre suffisamment que son plan ne permet pas de reconnaître aux marchés de l'administration une place en propre. C'est par le biais d'un artifice qu'il en rattache l'examen à son ouvrage.

Une autre attribution contentieuse des ministres mérite également, par son importance, une mention spéciale, et les règles de cette matière, ne se reproduisant pas dans les autres parties de l'ouvrage, doivent être exposées ici⁴¹².

Ce choix méthodologique indique assez l'intérêt avec lequel il estime ces marchés : ils l'étaient comme faisant partie d'une panoplie de compétences échues aux ministres – celles relatives à la liquidation des dettes de l'État. N'adressant aucune attention à l'administration économique, c'est d'après le contentieux qu'ils suscitent qu'ils sont appréhendés. Autrement dit, ils sont analysés comme une créance sur l'État à liquider. Ceci à l'instar de TROLLEY qui présente une approche semblable à celle de DUCROCQ – quoique le précédant de quinze ans :

Les ministres prononcent sur toutes contestations ou demandes relatives à l'exécution, la résiliation et l'interprétation des marchés de fournitures ou services quelconques, passées pour le compte de l'État, soit avec eux personnellement, soit en leur nom avec les agents qu'ils déposent. (...)

Quelle est la question principale ? La liquidation d'une dépense à la charge de l'État ; elle est de la compétence ministérielle. Les difficultés sur l'exécution et l'interprétation du contrat ne se présentent qu'incidemment ; elles sont encore administratives, et n'est-ce pas aux ministres qu'il appartient de les trancher et de dire le sens et la portée de l'acte dans lequel ils ont été parties, par eux-mêmes ou par leurs mandataires ?⁴¹³

Les marchés ne sont pas un objet d'administration, mais un acte à propos duquel le ministre, selon l'exécution qui en est faite, apprécie l'étendue de la dette de l'État vis-à-vis du fournisseur. De même les marchés de travaux publics et plus largement la matière des travaux publics est-elle, dans l'œuvre de DUCROCQ, toute entière envisagée sous un chapitre relatif aux attributions des conseils de préfecture. L'intérêt porté à ces contrats est diffus, motivé par des préoccupations qui en biaisent l'approche, toutes déterminées par l'organisation de la juridiction administrative – à l'instar de CABANTOUS. Son plan pouvait difficilement en permettre un examen unifié et provoquer un rapprochement entre les contrats de l'administration qui eût permis de saisir des aspects ailleurs développés dans les œuvres de GÉRANDO & FOUCART.

⁴¹² DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, Paris, Durand, 1863 (2^e éd.), p. 162.

⁴¹³ TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.*, t. 1 (1844), p. 215-216.

- 250. Les contrats de l'administration : un sujet doctrinal situé aux confins du droit administratif académique.** – Enserrés dans aucune théorie spécifique, les contrats de l'administration ne sont pas – au XIX^e siècle – un sujet doctrinalement autonome. Les administrativistes les voient sans difficulté ; et pourtant ils les conçoivent par leur agrégation aux travaux publics et, surtout, au contentieux administratif. Il ne faut pas s'en étonner : le contrat administratif est un concept moderne, et si nous sommes habitués à l'articuler au droit administratif comme l'une de ses pièces maîtresses, la théorie qui s'y rapporte n'en reste pas moins une entreprise doctrinale contingente de l'Entre-deux-guerres. Tel que le droit administratif est pensé au cœur du XIX^e siècle, les contrats de l'administration demeurent souvent dans un angle mort « doctrinal ». Certes, les définitions qu'ils s'en donnent et les plans qui en sont l'aménagement, n'ont pas été conçus d'une manière univoque. Il nous est possible, cela dit, de synthétiser rétrospectivement deux schémas à partir desquels ils ont pu être appréhendés. Nous avons plus haut rapproché GÉRANDO & FOUCART dont les plans de leur ouvrage, pour n'être pas identiques, sont forgés d'après des préoccupations analogues. En consacrant une attention particulière à la gestion de la fortune publique, c'est-à-dire à l'administration économique, ces auteurs ont ordonné les contrats de l'administration autour d'une thématique fédérative : la gestion matérielle des ressources de l'administration – érigée en service public. Sensibles aux enjeux contemporains, ils ont envisagé l'administration économique comme un des ressorts principaux du droit administratif. Non pas comme un sujet technique et spécial aux administrateurs, mais un sujet approprié pour penser l'efficacité de l'action administrative. C'est-à-dire : – une efficacité pensée d'après la nécessité, pour l'administration, de prolonger son action par le concours de l'industrie privée sans pour autant lui en abandonner la direction ; – pensée d'après l'impératif moral de s'assurer le désintéressement de ses agents, de telle sorte que l'emploi des deniers publics ne fût pas l'occasion de dilapidations honteuses ou criminelles, toutes dispendieuses pour la marche des services publics ; – pensée pour assimiler les contraintes financières, suivant l'idée qu'une bonne administration suppose une gestion économe. C'est sous ces trois aspects que ces administrativistes, en écho aux préoccupations de certains de leurs contemporains – parlementaires, administrateurs, publicistes, *etc.* –, ont appréhendé les marchés de l'administration : 1^o conserver à l'administration une certaine latitude d'action dans un lien juridique figé par le consentement des parties ; 2^o prévenir un détournement des ressources publiques ou empêcher que celles-ci pussent, par l'adjudication des marchés, devenir un enjeu autour desquels s'élaborent des fidélités clandestines ; 3^o s'assurer des prestations de qualité, conformes aux intérêts des services publics et en corrélation avec leur coût (nous voyons que ces deux derniers aspects sont intimement liés).

251. En intégrant ces préoccupations gestionnaires dans leur représentation du droit administratif⁴¹⁴, ces deux administrativistes ont été plus sensibles que leurs successeurs à ce qui suscita la réglementation des activités contractuelles de l'administration. Loin de supposer l'administration comme une réalité objective à partir de quoi il eût été question de décliner droits et devoirs vis-à-vis de ceux des administrés, GÉRANDO & FOUCART ont réceptionné et exacerbé cette idée d'après laquelle l'administration n'est pas seulement un Léviathan menaçant à l'endroit des particuliers ; qu'elle est aussi une institution fragile, tant ses ressources – pécuniaires, mais aussi sociales, symboliques, matérielles, *etc.* – sont susceptibles d'être dévoyées de leur destination naturelle. Il n'y a pas seulement une divergence possible entre les intérêts de l'administration et ceux des administrés pris individuellement ; les intérêts de l'administration peuvent être méconnus par ceux-là même qui sont mandatés pour agir en son nom. Il est question de tenir compte des faiblesses des administrateurs ou des collaborateurs de l'administration en s'assurant de leur dévouement toujours incertain. Les marchés ont été captés afin de penser l'administration en des termes fonctionnels. C'est-à-dire d'après son utilité sociale, pour dépasser une représentation purement institutionnelle qui confinât dans l'ombre la correction des anomalies gestionnaires. En associant entre elles les problématiques d'efficacité, d'économie et de moralisation, ces auteurs ont enrichi l'enseignement universitaire d'une doctrine non seulement sensible au respect de la Loi ; mais encore à l'intérêt des services publics, dont la pleine satisfaction attire l'attention sur les causes qui peuvent entraver l'action administrative. Si les contrats ont été saisis sous ce point de vue, ils ont tout en même temps été mobilisés à informer la représentation du droit administratif à laquelle ils furent attirés. En ce sens, nous nous associons pleinement à l'opinion du professeur GUGLIELMI⁴¹⁵, selon qui la notion d'administration

⁴¹⁴ Cf. GUGLIELMI Gilles-J., « L'émergence d'une rationalité gestionnaire dans les théories du droit administratif au début du XIX^e siècle », in [collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques : élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX^e siècle (1815-1914)*, *op. cit.* (2010) p. 253.

⁴¹⁵ GUGLIELMI Gilles-J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt CADOT (1789-1889)*, Paris, L.G.D.J., 1991 (thèse de doctorat ; université Panthéon-Sorbonne), p. 205 *sq.* Suivant cet auteur, les administrativistes de la Monarchie de Juillet se sont évertués à « perfectionner des instruments restrictifs permettant de contrôler celles des interventions économiques de la puissance publique qui rappelleraient trop les spoliations opérées par l'inclusion dans la notion d'Administration publique de pouvoir exorbitants » ; de même qu'ils ont cherché à « mettre en œuvre des techniques juridiques nouvelles, adaptées aux opérations administratives, pour légitimer juridiquement l'action économique de l'État en cette période de Révolution industrielle » (p. 205). Nous pensons qu'à cet égard, il a négligé ceci : les administrativistes du second tiers du XIX^e siècle n'ont pas seulement été préoccupés par la légitimation et l'encadrement de l'action administrative. Leurs préoccupations doctrinales ont aussi été tournées vers l'administration elle-même. Ils se sont employés à accueillir et organiser toutes celles des entreprises qui ont tendu – à leur époque – à encadrer l'administration. C'est-à-dire pour que le contrôle auquel elle était assujettie ne reposât pas tout entier sur le jeu de la responsabilité ministérielle et la vigilance du Parlement. Les débats qui se sont tenus devant le Parlement à propos de la réglementation des procédures d'adjudication des marchés en témoignent : certains parlementaires se sont levés contre la vacuité du contrôle parlementaire qui devient impuissant lorsqu'il s'applique à des opérations administratives aussi usuelles que la passation des marchés.

publique a contribué à penser ses contrats, autant qu'ils ont aidé à la formaliser. C'est pourquoi l'œuvre de FOUCART – particulièrement – est édifiante pour notre sujet tant il s'efforce, à l'occasion de la distribution des compétences, d'esquisser une théorie contentieuse qui saisisse une catégorie de contrats – les contrats administratifs – spécialement attachés aux services publics⁴¹⁶. Ses efforts ne doivent rien à un génie particulier, mais plutôt à un parti pris consommé avec intelligence.

252. LAFERRIÈRE, CABANTOUS, BATBIE et DUCROCQ ont orienté différemment leur représentation du droit administratif. Nous ne saurions dire qu'elle fut diamétralement opposée à celle de GÉRANDO & FOUCART. Pourtant, elle oblique dans une perspective qui suggère que ces quatre auteurs furent animés par des préoccupations spécifiques. Suivant des approches différentes les unes des autres, leurs propos se sont attachés à envisager l'administration comme le réceptacle de prérogatives et d'obligations, qu'il s'est agi de cerner pour le profit des administrés. Délaissant peu ou prou les ressorts de l'action administrative, ils ont porté l'essentiel de leur attention sur les relations entre l'administration et les administrés. Aussi posent-ils le droit administratif en termes de droits exigibles et opposables de part et d'autre. Les marchés de l'administration sont souvent situés – exception faite de BATBIE – dans des développements relatifs au contentieux administratif. Ils privilégient une approche qui précise l'action administrative dans ses interactions avec les individus, plutôt qu'ils ne s'attardent à en penser les modalités par lesquelles elle se déploie. BATBIE s'en rapproche pourtant en envisageant les marchés administratifs et les concessions de travaux publics comme des moyens d'acquérir de l'administration. Cependant, il s'applique en premier et dernier lieu à les décomposer en termes d'obligations réciproques. Somme toute, ces auteurs nous paraissent avoir procédé à une réorientation des perspectives en bouleversant le discours doctrinal porté sur le droit administratif. L'une des raisons qui éclairent cette inflexion doctrinale et sur laquelle nous avons dit quelques mots, tient à la promotion académique du droit administratif. Il convient de l'approfondir davantage.

⁴¹⁶ Cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Un père du droit administratif moderne, le doyen FOUCART (1799-1860)*, à paraître, p. 292 *sq.*

Paragraphe 2. – Une réorientation doctrinale engagée par des universitaires soucieux de rehausser la valeur académique du droit administratif

253. L'autonomisation de la science administrative hors du champ universitaire. –

La formalisation et la reconnaissance de la *science administrative* a sûrement contribué à circonscrire le droit administratif dans ces nouvelles limites. À commencer par LAFERRIÈRE, selon qui le droit administratif intéresse « *les droits respectifs et les obligations mutuelles de l'administration et des administrés* », lorsque la science administrative touche à « *la connaissance de tous les principes, de tout le mécanisme et de tous les travaux relatifs à l'administration* ». Et de s'empresse d'ajouter : « *Cette distinction rentre dans celle que nous venons d'établir entre la partie réglementaire ou technique de l'administration et le Droit administratif* »⁴¹⁷. C'est encore TROLLEY pour qui le droit administratif « *détermine les rapports légaux de l'administration civile et des administrés* », tandis que la science administrative « *apprend à l'administrateur ce qu'il convient de faire et comment il doit user des pouvoirs que le droit administratif lui reconnaît* »⁴¹⁸. VIVIEN fut peut-être le plus explicite sur cette distinction, ainsi que sur les tenants et les aboutissants de cette science :

L'administration se trouve en contact et parfois en opposition, tantôt avec les provinces ou les communes dont elle contrôle ou règle les intérêts, tantôt avec les citoyens considérés individuellement, soit qu'elle les appelle à satisfaire aux charges ou aux devoirs que la société leur impose, soit qu'elle traite avec eux pour s'assurer le concours de leurs forces, de leur industrie ou de leurs capitaux. Ses fonctions peuvent en conséquence être envisagées sous ou double aspect : dans leurs rapports avec l'état, et dans leurs rapports avec les intérêts locaux ou individuels.

Les principes qui régissent les premiers de ces rapports composent la science administrative ; ceux qui régissent les seconds forment le droit administratif⁴¹⁹.

Nous n'entendons pas dire que les contrats de l'administration relèvent de la science administrative. C'est plutôt que la distinction introduite entre elle et le droit administratif, a été concomitante d'une redéfinition du droit administratif. Par celle-ci, il fut pensé comme le prolongement juridique des principes du droit public fixant les devoirs et les droits des individus vis-à-vis de l'administration et réciproquement.

⁴¹⁷ LAFERRIÈRE Firmin, *Cours de droit public et administratif*, op. cit. (1^{re} éd., 1839), p. 167. Cette définition de la science administrative évolue à partir de la 4^e éd. (1854) : « *La science administrative (...) comprend à la fois la partie réglementaire et technique de l'administration et le droit administratif lui-même, et de plus les grands principes d'administration et les connaissances accessoires qui forment le véritable administrateur et le préparent aux vues d'amélioration* » (t. 1, p. 379). En s'inspirant de cette distinction introduite entre le droit administratif et la science administrative, PRADIER-FODÉRE atteste – dans son ouvrage de vulgarisation universitaire – de ce qu'elle fut largement partagée par la doctrine administrative. Il y écrit : « *La science administrative est la science du mécanisme et de l'agencement des services publics, de la hiérarchie de l'organisation intérieure, et des principes relatifs à l'administration. C'est, en un mot, la possession de la partie purement technique du pouvoir administratif. (...) Le droit administratif est ce droit qui détermine les rapports et les obligations mutuelles des administrateurs et des administrés* » (*Précis de droit administratif*, Paris, Durand, 1853 (1^{re} éd.), p. 12-13).

⁴¹⁸ TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif...*, op. cit., t. 1 (1844), p. 19-20.

⁴¹⁹ VIVIEN Alexandre-François, *Études administratives*, op. cit. (1^{re} éd., 1845), p. v.

254. « *Le droit administratif s'attache d'abord aux droits privés ; il les constate et les défend* »⁴²⁰. VIVIEN admet – il est vrai – que « *quelques professeurs (...) ont appelé la science [administrative] à ouvrir la carrière au droit, [même si] elle n'a été le plus souvent que le sujet accidentel et fugitif de leur enseignement* »⁴²¹. Il est possible à cet égard de penser tout particulièrement à GÉRANDO. Pourtant ce qu'il appelle de ses vœux, c'est « *de faire connaître dans sa constitution générale, dans son esprit, dans ses procédés, l'administration même, ce pouvoir qui ne nous touche pas seulement quand nous sommes personnellement en contact avec lui, mais qui nous intéresse à toute heure comme membres de la grande famille confiée à ses soins et à sa vigilance* »⁴²². VIVIEN place sous cette discipline ce que certains administrativistes pouvaient capter *via* la gestion économique de l'administration. Cette science administrative s'attache à rendre compte des ressorts de l'action administrative, autrement cantonnés dans la pénombre par le droit administratif. Cette appréhension d'une action régularisée, réglée pour en éviter les grippages dispendieux, verse dans cette science qui consiste – pour VIVIEN – à :

Observer les moyens par lesquels l'action du pouvoir social se répand et se fait sentir sur tous les points du territoire ; rechercher s'il applique avec discernement les forces dont il dispose, s'il ne les laisse point se perdre ou s'user dans d'inutiles emplois ; suivre les monuments de cette grande machine qui ne s'arrête jamais, en étudier les rouages pour supprimer ceux qui créent des entraves, pour ajouter ceux qui assureraient la régularité de la marche⁴²³.

Corollairement, ce qui jusqu'alors pouvait en faire partie comme intéressant la régulation et l'organisation de ressources de l'administration – humaines, matérielles et institutionnelles – glisse hors du droit administratif *stricto sensu*. Vers la même époque, GÉRANDO, qui range encore la fortune publique dans ce champ disciplinaire, fait figure de marginal – près duquel nous pouvons encore placer FOUCART.

Parmi les moyens destinés à pourvoir aux intérêts généraux de la société, se présente d'abord la fortune publique qui, à ce titre, devient à son tour aussi un intérêt général non moins essentiel, puisqu'à l'aide des revenus de l'État, elle met l'administration en mesure de satisfaire aux dépenses des services utiles⁴²⁴.

VIVIEN – quelques années plus tard – paraît consommer ce déplacement des savoirs, en évoquant lui aussi la fortune publique et les enjeux qui y sont attenants :

Pour ne parler que du service le plus étroitement lié à la fortune publique, les finances, on éprouve autant de surprise que d'admiration, quand on acquiert la conviction que, de toutes les sommes mises chaque année à la disposition du gouvernement, il n'en est aucune qui puisse être soustraite à sa surveillance et détournée de ses mains, aucune qui puisse,

⁴²⁰ *Id.*, p. vi.

⁴²¹ *Id.*, p. viij.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Id.*, p. ix.

⁴²⁴ GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 1 (1842), p. xiiij-xiv.

sans que les chambres en soient informées, être affectée à un autre emploi que celui pour lequel l'administration l'a reçue.

Il est facile de se rendre compte de la sagesse et de la régularité qui règnent dans l'administration française⁴²⁵.

Cet auteur s'intéresse aux moyens de penser l'administration en termes de mécanique et identifie ses problèmes en termes d'action dévoyée. Aussi n'est-ce pas tant que les contrats de l'administration cessent d'être un sujet du droit administratif. Néanmoins, ils se manifestent aux administrativistes sous un point de vue restreint au contentieux administratif – circonscrit aux attributions contentieuses.

255. Un réaménagement du droit administratif essentiellement suscité par les universitaires : une réaction aux préjugés l'affectant. – Au cours du second XIX^e siècle, la plupart des administrativistes universitaires accusent durablement ce redéploiement. Dans les années 1850, CABANTOUS en témoigne en indiquant les convictions qui l'animent – c'est-à-dire en estimant œuvrer pour le progrès d'une science naissante ; une science encore informe et à dégrossir de ses impuretés.

On a souvent confondu la science de l'administration avec celle du droit administratif. Elles diffèrent cependant par leur caractère et leur but. La première comprend toutes les règles qui président à l'administration publique, tandis que la seconde n'embrasse que celles qui fixent les rapports des particuliers avec l'autorité administrative. La première tend à former des administrateurs, tandis que la seconde a pour objet précis et limité d'éclairer les administrés sur leurs droits et leurs obligations envers l'autorité⁴²⁶.

Cet auteur évoque assez bien ce qui l'incline à voir un progrès dans cette nouvelle partition disciplinaire. Ainsi circonscrite, « *la science du droit administratif (...) est la partie la plus utile pour les particuliers, la plus féconde en lois positives, la mieux appropriée à l'esprit du droit privé* »⁴²⁷. Indépendamment des contraintes liées au « *cadre officiel de l'enseignement public* »⁴²⁸, cette définition proposée par CABANTOUS donne à voir ses véritables ressorts. Elle procède de l'intention de rehausser le droit administratif académique dans l'estime de ses collègues privatistes ; de faire admettre le droit administratif comme l'égal des autres sciences juridiques enseignées dans les facultés. C'est ce qu'il entend promouvoir lorsqu'il publie un article sur les « *Conditions essentielles pour l'existence et le développement du droit administratif* » où il y envisage certaines des « *causes permanentes d'infériorité scientifique du droit administratif par rapport au droit civil* »⁴²⁹.

Trois circonstances sont indispensables pour que le droit administratif, c'est-à-dire la science des limites prescrites à l'autorité dans son action sur les particuliers, *puisse d'abord se former, et conserver ensuite une place distincte et*

⁴²⁵ VIVIEN Alexandre-François, *Études administratives*, op. cit. (1^{re} éd., 1845), p. xi.

⁴²⁶ CABANTOUS Louis, *Répétitions écrites sur le droit administratif...*, op. cit. (1^{re} éd., 1854), p. 1.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ CABANTOUS Louis, « Des conditions essentielles pour l'existence et le développement du droit administratif », in *Académie de législation de Toulouse* 1857, VI, p. 222.

séparée parmi les grandes divisions de la jurisprudence. Il faut que les citoyens aient certaines prérogatives officiellement reconnues vis-à-vis de la puissance publique, que les fonctions administratives ne soient pas réunies ou subordonnées aux fonctions judiciaires, que l'unité préside aux institutions et aux lois⁴³⁰.

Sans succomber aux *a priori* auxquels ces auteurs se sont laissés aller, il faut voir qu'en revendiquant pour le droit administratif une reconnaissance académique, ils ont œuvré à lui donner une constitution empreinte d'une rationalité semblable au droit privé : c'est-à-dire une science dont l'objet est de délimiter les droits de part et d'autre ; dont les normes fussent sanctionnées par une juridiction incontestable ; et dont l'application fut uniforme. Cette revendication a profondément influé sur la manière dont les administrativistes ont souhaité se désigner le droit administratif. D'où l'infléchissement doctrinal qu'ils ont entrepris en rupture avec certains de leurs prédécesseurs. Cela a certainement concerné une frange d'administrativistes somme toute restreinte, quoique influente : les universitaires et probablement ceux qui fréquentaient des sociétés savantes.

256. BATBIE, qui use de la même distinction entre le droit administratif et la science administrative, ne souhaite pas faire autre chose que d'assurer le caractère *scientifique* du droit administratif. L'emprunt au plan de GAIUS pour son traité répond aux mêmes ambitions – étendre au droit administratif la légitimité que confère le droit romain :

Cette étude [celle du droit administratif] est une des plus intéressantes que puisse se proposer le jurisconsulte, et je ne me suis jamais expliqué (sinon par des motifs difficiles à exprimer) le dédain que des civilistes distingués professent pour cette branche du droit⁴³¹.

En se ralliant au même parti, Léon AUCOC fut aussi soucieux d'accréditer le droit administratif auprès des juristes⁴³². À cet égard, son discours prononcé lors son accession à la présidence de la Société de législation comparée est emblématique. En commençant par admettre qu'à sa création, cette société savante « *avait besoin de placer*

⁴³⁰ *Id.*, p. 215 (c'est nous qui soulignons). Il poursuit : « *Sans la première condition, le droit administratif manque d'objet et de base ; sans la seconde, il tend à se confondre avec le droit civil ; sans la troisième, il s'absorbe et se perd dans le droit municipal* » (*ibid.*).

⁴³¹ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1861), p. 24.

⁴³² « *Le droit administratif détermine : 1° la constitution et les rapports des organes de la société chargés du soin des intérêts collectifs qui font l'objet de l'administration publique, c'est-à-dire des différentes personnifications de la société, dont l'État est la plus importante ; 2° les rapports des autorités administratives avec les citoyens* » (AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869-1876 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 1, p. 13-14). Plus loin, il définit comme suit la science administrative : « *La science administrative (...) comprend (...) les notions historiques, économiques, statistiques, techniques, qui ne rentrent pas dans le droit et les procédés à employer pour satisfaire les besoins des citoyens*, en tant que ces procédés ne touchent pas aux droits des particuliers » (*id.*, p. 15-16 ; c'est nous qui soulignons).

à sa tête des jurisconsultes dont la notoriété scientifique fût éclatante »⁴³³, il indique discrètement que le choix de ses présidents ne pouvait s'appliquer à quelqu'un qui s'adonnât à une discipline dont la valeur scientifique fût controversée. À la date où il est institué président, ladite société « *n'en est plus à s'honorer de ses présidents ; c'est elle qui, en les choisissant les honore* »⁴³⁴.

Si j'ai bien compris votre pensée, vous avez voulu saisir cette occasion de montrer l'importance que la Société attache au droit public et administratif, à l'étude duquel je me suis consacré particulièrement depuis vingt-cinq ans⁴³⁵.

Dans cette allocution édifiante, il exprime quelques-unes des difficultés rencontrées par le droit administratif dans sa réception par les privatistes.

Il n'est pas contestable que, pendant longtemps, les jurisconsultes et les magistrats, absorbés par l'étude du droit civil, du droit commercial et du droit criminel, ont considéré que le droit administratif ne méritait pas d'être approfondi par les hommes qui s'attachent aux principes. Dans leur opinion, c'était un amas confus de prescriptions arbitraires et de règles de conduite à l'usage des fonctionnaires publics⁴³⁶.

Nous y retrouvons en dernier lieu cette déconsidération entretenue à l'égard d'une science dont les préoccupations ne sont pas toutes développées autour de l'administré, c'est-à-dire l'individu. Léon AUCOC rapporte encore le discrédit du droit administratif à celui de la juridiction administrative⁴³⁷ – à l'instar de CABANTOUS⁴³⁸. En revanche, BOUCHENÉ-LEFER propose une définition différente qui refuse cette polarisation entre l'administration et l'administré :

Le droit administratif comprend (...) 1° l'organisation du pouvoir exécutif et sa manière de procéder ou la manière de procéder devant lui ; 2° la détermination des personnes publiques et des intérêts généraux, et les règles relatives à l'administration ou à la gestion, comme à la conservation ou au maintien de ces intérêts, celles qui président aux rapports d'intérêt public établis entre l'État ou les autres personnes publiques et les personnes privées, et aux rapports des personnes publiques entre elles ; enfin, ce qui,

⁴³³ AUCOC Léon, Discours prononcé le 8 décembre 1875, lors de son accession à la présidence de la Société de législation comparée, in *Bulletin de la Société de législation comparée* 1876, V, p. 5. « *Vous avez choisi pour vos trois premiers présidents des hommes qui avaient marqué aux premiers rangs de l'enseignement [Édouard LABOULAYE], de la magistrature [Charles RENOUARD] et du barreau [Jules DUFAURE] et dont la vigueur était mise en relief par une longue participation aux affaires politiques du pays et par le titre de membre de l'Institut* » (*ibid.*).

⁴³⁴ *Id.*, p. 6. « *Vous avez donc cru pouvoir, sans compromettre les intérêts de la Société, confier la présidence à celui de vos vice-présidents que le hasard des élections avait fait le doyen* » (*ibid.*).

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ *Id.*, p. 7.

⁴³⁷ Nous pensons en particulier à son opuscule intitulé : *La juridiction administrative et les préjugés* (Paris, Typographie Panckoucke, 1864 ; paru dans un premier temps au *Moniteur universel*, aux numéros des 13 et 25 août 1864).

⁴³⁸ « *Les conditions [du perfectionnement et du développement du droit administratif] se résument en une seule, qui comprend toutes les autres : la séparation absolue et sans exception ni réserve entre l'administration active et l'exercice de la juridiction contentieuse, entre la qualité de juge et celle d'agent direct ou auxiliaire* » (CABANTOUS Louis, « Des conditions essentielles pour l'existence et le développement du droit administratif », in *Académie de législation de Toulouse* 1857, VI, p. 221).

dans la législation, tend indirectement à protéger ou à développer les intérêts privés. La protection directe des intérêts privés, appartient, en général, au pouvoir judiciaire⁴³⁹.

Deux ans plus tard, il approfondit cette définition : le droit administratif « *a-t-on dit, et dit-on encore aujourd'hui, a pour objet de régler les rapports des administrés avec l'administration ou vice versa* »⁴⁴⁰. Cette définition présente « *l'inconséquence de faire envisager aux citoyens leur position d'une manière fausse et inexacte. On les met ainsi en présence de l'administration, qu'on leur fait envisager comme leur véritable adversaire. Mais ce n'est pas, en réalité, avec l'administration que leurs intérêts et leurs droits se trouvent en contact. L'administration (...) n'a pas de droits. Elle n'a que des devoirs. Elle n'est pas une personne civile ni politique. Ce mot administration d'ailleurs est un mot vague. L'administration existe à plusieurs degrés. Elle agit à différents titres. Elle est à la fois et suivant les cas autorité, gérante ou negotiorum gestor, ou juridiction* »⁴⁴¹. C'est pourquoi il discute la pertinence des termes « *administration* » et « *administrés* » dont il dénonce l'assujettissement : « *Ce mot administrés semble trop nous rappeler que nous sommes constamment et sans relâche sous les liens de l'administration, même pendant notre sommeil. J'aime mieux croire que nous sommes seulement sous sa protection, et que nous ne sommes point sa chose. (...) Ce qui est administré, ce ne sont pas les citoyens, c'est l'État, c'est le département, c'est la commune, ce sont les établissements publics. En sorte que les rapports des administrateurs avec les administrés, ce sont véritablement leurs rapports vis-à-vis de l'État et des autres personnes qu'ils administrent, c'est-à-dire dont ils gèrent les intérêts. Quant aux citoyens majeurs, ils sont assez grands pour s'administrer eux-mêmes* »⁴⁴². Il en vient à proposer cette définition du droit administratif, ou selon une locution qui lui paraît plus appropriée – du droit public : « *L'objet du droit public n'est pas de régler les rapports de l'administration avec les administrés, par la raison que les relations de droit ou d'intérêt qui existent nécessairement entre les citoyens et le pays ou la société ne sont pas au fond des rapports avec l'administration, mais avec l'État, le département, les communes et les établissements publics, et encore par cette autre raison que les citoyens ne sont pas des administrés* »⁴⁴³.

⁴³⁹ BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public-administratif ou précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Paris, Cosse & Marchal, 1862, p. 14.

⁴⁴⁰ BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, « Quel est le véritable objet du droit dit administratif », in *R.P.D.F.* 1864, XVII, p. 106

⁴⁴¹ *Id.*, p. 107.

⁴⁴² *Id.*, p. 109.

⁴⁴³ *Id.*, p. 109-110. Le professeur toulousain ROZY livre la même critique quant à la définition usuellement admise du droit administratif : « *Je ne veux pas trop insister sur des définitions dont vous connaissez le péril proverbial ; il faut que vous sachiez cependant que je repousse celle que l'on entend donner souvent du Droit administratif, et qui en fait la science des rapports des administrés avec l'administration ou l'ensemble des administrateurs. Son moindre défaut est d'être aussi incomplète que si l'on définissait le droit civil "celui qui a pour objet de régler les rapports des citoyens avec les officiers ministériels et les tribunaux civils", et le droit criminel, "celui qui met en contact les citoyens avec les officiers et les agents de la police judiciaire et les tribunaux de répression". Mais son vice capital, c'est de placer les citoyens en face des administrateurs, comme si ces derniers avaient des droits qui leur fussent propres, tandis qu'ils ne sont que les mandataires et les représentants légaux des intérêts collectifs qui leurs sont confiés. Avec une pareille définition, l'administré – mot assez malheureux et même quelque peu humiliant, car on administre plutôt les choses que les personnes, – l'administré semble bien*

257. Le droit administratif a été profondément remodelé à partir du milieu du XIX^e siècle par une distanciation d'avec la science administrative⁴⁴⁴. En raffermissant – pour quelques-uns – ses liens avec le droit constitutionnel, il fut question de polariser les préoccupations sur l'individu en tant qu'administré⁴⁴⁵. La raison nous paraît tenir à une réflexion sur le droit administratif sur laquelle se sont greffés des enjeux académiques et, plus largement, intéressant la culture savante du Droit. Ces mutations et les motifs qui ont pu les précipiter sont déterminants pour saisir les ressorts de cette inflexion doctrinale qui n'a pas manqué de rejaillir sur les conceptions faites des contrats de l'administration. Ces corrélations montrent que la doctrine administrative fut, dès le XIX^e siècle, suffisamment habile à déployer des conceptions utiles pour étayer une représentation assumée du droit administratif. Ignorer ou délaisser les intentions de ces administrativistes, c'est se condamner à une simple recension des opinions doctrinales sans en saisir la profondeur et sans comprendre ce à quoi et par quoi elles tiennent. Par rapport à notre sujet, c'est se risquer à verser dans l'anachronisme en omettant les enjeux doctrinaux de cette époque, c'est-à-dire à tout voir depuis une perspective dont le point fixe fût notre doctrine contemporaine. Mais ce qui importe, ce n'est pas seulement de constater les répercussions des délimitations interdisciplinaires sur notre sujet. Il faut encore en apprécier l'influence sur le discours doctrinal. Nous avons démontré qu'à partir du cadre d'exposition du droit administratif, les marchés de l'administration ont été marginalisés pour n'être plus traités – essentiellement – qu'à l'occasion du contentieux. Alors qu'ils participent à en noter la complexité et les sinuosités, les contrats de l'administration – spécialement les marchés et les concessions – cessent d'être présentés suivant un *continuum* que permettait l'étude de l'administration économique. Les marchés et les concessions de travaux publics sont envisagés à propos de la compétence des conseils de préfecture ; les marchés de fournitures de l'État, à propos de la compétence des ministres et du Conseil d'État ; ceux des départements et des communes en sont exclus, comme relevant de la juridiction judiciaire. Dès lors, en signalant l'assimilation au contentieux administratif, il convient d'examiner la manière dont les administrativistes qui ont entériné ces mutations, ont rendu compte des contrats de l'administration dans le second XIX^e siècle.

près de voir disparaître son individualité devant une puissance arbitraire et mal définie. Il se rassure en apprenant que les administrateurs ne font que gérer les intérêts collectifs d'individus comme lui, groupés pour être plus forts, et non point pour être absorbés au profit de je ne sais quelle autorité mystérieuse » (Cours de droit administratif. Leçon d'ouverture, op. cit. (1869), p. 3-4 ; cf. encore p. 6 sq.).

⁴⁴⁴ *A pari* : LANGROD Georges, « La science de l'administration publique en France au 19^e et au 20^e siècle », in *Rev. adm.* 1961, p. 5 & 125.

⁴⁴⁵ *Comp.* deux articles du professeur BIGOT : « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 » (in *R.F.D.A.* 2003, p. 218) & « La dictature administrative au XIX^e siècle : théorie historique du droit administratif » (in *R.F.D.A.* 2003, p. 435).

Section 2. – D'une définition restrictive du contentieux administratif à la marginalisation des contrats dans le champ du droit administratif

258. Les administrativistes du second XIX^e siècle ne se sont pas contentés d'envisager une représentation du droit administratif sans en développer les tenants et les aboutissants. Ils se sont efforcés de mettre en cohérence chacune de ses parties – en particulier le contentieux administratif. C'est en cette matière que la marginalisation des contrats de l'administration dont nous parlions est la plus sensible (**paragraphe 1**). En même temps qu'ils excluaient les contrats de l'administration du contentieux administratif, les administrativistes les y ramenèrent en promouvant la théorie de l'État débiteur. Si cette dernière n'est peut-être pas inédite au milieu du XIX^e siècle, elle s'est vu conférer une portée doctrinale sans pareille (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Une restriction du contentieux administratif amplifiée par des problématiques contemporaines du droit administratif

259. **Une définition de l'acte administratif mise en correspondance avec la représentation contemporaine du droit administratif.** – Ce qui nous intéresse ici, ce n'est pas tant la définition de l'acte administratif que la partition contentieuse qui s'applique aux différentes catégories autour desquelles s'articulent les actes de l'administration. Suivant la définition donnée par CABANTOUS du droit administratif, le seul acte susceptible de recours contentieux est – par principe – celui pris d'autorité par l'administration à l'endroit d'un particulier.

L'acte administratif proprement dit (...) [est] celui qui consiste dans l'application faite d'autorité d'une loi ou d'un règlement à un individu ou à un cas particulier⁴⁴⁶.

Cette définition restrictive de l'acte administratif contentieux « *exclut les actes réglementaires et ceux contractuels* »⁴⁴⁷. Voici ce que recouvre le contentieux administratif dit *par nature*. Quoi qu'il en soit, CABANTOUS apporte quelques précisions relativement aux « *contrats de l'administration avec les particuliers* ».

En principe, les actes de ce genre, quoique passés en la forme administrative, sont régis par les lois civiles, et toutes les difficultés auxquels ils peuvent donner lieu sont du ressort de l'autorité judiciaire, sauf les exceptions formelles que le législateur a cru devoir établir⁴⁴⁸.

Si bien qu'en ce sens, le contentieux administratif recouvre « *deux classes de matières parfaitement distinctes* »⁴⁴⁹ :

⁴⁴⁶ CABANTOUS Louis, *Répétitions écrites sur le droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1854), p. 153.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*

Les unes qui lui appartient à raison de leur nature et sans qu'il soit besoin d'une disposition expresse pour les lui attribuer, les autres auxquelles il ne peut s'étendre qu'en vertu de la volonté formelle du législateur⁴⁵⁰.

La compétence administrative s'appliquant aux contrats de l'administration n'est plus justifiée par le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire dont le sens a été profondément modifié, mais par le biais d'une disposition dérogatoire à ce même principe. Cela vaut aussi bien pour les marchés de travaux publics⁴⁵¹ que pour les marchés de fournitures⁴⁵².

260. C'est une doctrine absolument identique que nous trouvons dans le *Cours de droit administratif* de DUCROCQ :

[Le contentieux administratif est constitué de matières] qui se divisent en deux classes : celles qu'un texte formel de loi a soumises à la juridiction contentieuse administrative ; et celles qui relèvent de cette juridiction à raison de leur nature, qu'il existe ou non une disposition légale. Les premières ne soulèvent que des difficultés ordinaires d'interprétation, puisqu'elles supposent un texte ; ce sont principalement des *actes contractuels* de l'administration avec des particuliers, ventes, baux, marchés, *etc.*, qu'une disposition expresse soustrait exceptionnellement à la compétence judiciaire. Les secondes sont les plus nombreuses ; (...) on les reconnaît à la réunion de deux conditions : 1° Il faut que le litige soit suscité par un *acte administratif proprement dit* ; ce qui exclut les actes réglementaires et les actes contractuels émanés de l'administration ; les actes administratifs proprement dits ont pour traits distinctifs d'être *spéciaux* et *individuels* ; 2° il faut que la réclamation dirigée contre l'acte administratif soit fondée sur un *droit acquis* qui se dit violé et non sur un simple intérêt qui se dirait lésé⁴⁵³.

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ « La loi attribue aux conseils de préfecture la connaissance des contestations entre les entrepreneurs et l'administration sur le sens ou l'exécution des clauses de leur marché. Cette attribution est une dérogation aux principes généraux, puisque le marché passé entre les entrepreneurs et l'administration ne constitue qu'un acte contractuel qui devrait, en cette qualité, être exclusivement soumis à la juridiction judiciaire ; mais les motifs les plus sérieux ont motivé la dérogation dont il s'agit. Ces motifs sont pris de la nécessité d'une confection prompte et économique des travaux publics, condition incompatible avec les lenteurs et les frais de la procédure judiciaire » (*id.*, p. 202-203).

⁴⁵² « Les marchés de fournitures étant des actes administratifs contractuels, toutes les difficultés auxquelles donne lieu leur interprétation ou leur exécution doivent, en vertu des principes généraux sur les limites du contentieux administratif et à moins de dérogation expresse, être portées devant les tribunaux judiciaires. (...) La dérogation à la juridiction judiciaire ne concernant que les marchés de fournitures pour le compte du gouvernement, il s'ensuit que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents, relativement aux marchés de fournitures pour le compte des départements, des communes ou des établissements publics, sauf ce que nous avons dit (...) des marchés de fournitures pour l'exécution des travaux publics » (*id.*, p. 271-272).

⁴⁵³ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1862), p. 64-65. À partir de la quatrième édition de son cours, il assimile à ces deux catégories du contentieux administratif deux autres : les recours pour excès de pouvoir et les recours pour interprétation des actes administratifs. Ce faisant, il développe un peu différemment les propos qui nous intéressent : « Les affaires (...), appartenant au contentieux administratif, non pas en vertu de leur nature, mais en vertu d'un texte législatif qui les place dans le domaine de la juridiction administrative, consistent, – soit en réclamations élevées contre certains actes de l'administration active qui ne blessent que des intérêts, mais auxquels la loi a exceptionnellement ouvert le recours par la voie contentieuse, – soit en contestations qui, par leur nature, relèveraient plutôt de la juridiction judiciaire, telles que les difficultés d'interprétation ou d'exécution de certains actes contractuels, passés par l'administration avec des particuliers dans l'intérêt d'un service public national, départemental ou communal, et que divers motifs ont déterminé le législateur à placer expressément dans les attributions de la juridiction administrative » (*Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (4^e éd.), t. 1 (1874) p. 179).

Autrement dit, les actes administratifs proprement dits « *se distinguent des [des actes réglementaires et des actes contractuels de l'administration] en ce qu'au lieu d'être généraux comme les règlements ils sont individuels et spéciaux, et qu'au lieu d'être des actes de gestion comme les contrats passés par l'administration, ils constituent des actes d'autorité et de commandement, sont des actes de la puissance publique* ». Dans les contrats, l'administration y comparait « *comme partie contractante* » plutôt que comme « *puissance publique* »⁴⁵⁴. Aussi les actes administratifs proprement dits relèvent-ils du contentieux administratif par l'effet de leur nature, « *par suite même des principes de séparation des pouvoirs et des autorités* », tandis que pour le contentieux contractuel, « *l'affaire appartiendrait au contentieux judiciaire en raison de sa nature, si un texte ne l'avait placée dans le contentieux administratif* »⁴⁵⁵.

261. Même doctrine dans le *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* de BATBIE. Assez laconiquement, il écrit que « *l'acte administratif est essentiellement individuel* »⁴⁵⁶. Le contentieux administratif se présente toutes les fois où un « acte administratif individuel *blesse un droit acquis* »⁴⁵⁷. Il développe dans la seconde édition de son traité, qu'en règle générale :

Le tribunal [judiciaire] peut (...) interpréter, en cas de doute, les contrats à titre onéreux, même passés en la forme administrative. Comme cet acte a été fait par le concours de deux volontés, que les parties sont en désaccord sur le sens de ce qui a été consenti, c'est le juge du fond qui peut seul prononcer sur la volonté des contractants ; il ne servirait de (*si*) rien de demander à l'administration ce qu'elle a eu l'intention de faire ; car il s'agit de savoir ce que les parties ont voulu, quel a été *in idem placitum consensus*⁴⁵⁸. (...)

Le renvoi à l'autorité administrative ne devra donc être ordonné que lorsqu'il s'agira de l'application d'actes d'administration individuels et n'ayant pas le caractère contractuel à titre onéreux⁴⁵⁹.

Plus loin, il cite la définition du contentieux administratif développée par VIVIEN, à laquelle d'ailleurs il adhère. Selon ses termes, « *la violation des formes, de la loi ou des conventions donne (...) lieu à recours par les parties intéressées, et c'est là ce qui constitue le contentieux administratif* »⁴⁶⁰. Cet emprunt par lequel il s'attire le bénéfice d'une autorité doctrinale reconnue, en nous paraissant usurpé, explicite les dissemblances que la doctrine de BATBIE accuse avec ses prédécesseurs acquis à la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Car l'une rapproche l'acte administratif de l'action administrative, associée aux services publics. L'autre le circonscrit aux rapports par

⁴⁵⁴ *Id.*, p. 180.

⁴⁵⁵ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (7^e éd.), t. 2 (1897), p. 12.

⁴⁵⁶ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 7 (1868), p. 399.

⁴⁵⁷ *Id.*, p. 421.

⁴⁵⁸ L'expression latine « *in idem placitum consensus* » signifie « consentement sur la même chose qui plaît ».

⁴⁵⁹ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 7 (1885), p. 400-401.

⁴⁶⁰ *Id.*, p. 407.

lesquels l'*administration* commande à l'*administré*. Si BATBIE range les contrats de l'administration parmi les contrats du droit commun, il faut reconnaître qu'il ne cite en exemple que les ventes et les baux domaniaux. Que pense-t-il des marchés ? Il ne s'exprime pas précisément sur ce sujet. Toutefois, la formule générique qu'il se propose du contentieux administratif nous paraît les exclure, pour ne les admettre qu'en vertu d'une dérogation légale. Car d'après cet auteur, les actes « *caractère contractuel à titre onéreux* » ressortissent, en principe, à la juridiction judiciaire⁴⁶¹. Cette interprétation nous semble d'autant plus s'imposer qu'elle est semblable à celle qu'exprime DUCROCQ sur le même sujet. Il est probable que s'il avait défendu une doctrine contraire, il eût autrement argumenté et qu'il se fût attardé sur la nature de ces conventions. Sa référence à VIVIEN paraît viciée. Ainsi que nous nous en sommes expliqué plus haut⁴⁶², VIVIEN a élaboré une définition du contentieux administratif en rapport avec les controverses relatives à la juridiction contentieuse du Conseil d'État.

Le contentieux administratif se compose de toutes les réclamations fondées sur la violation des obligations imposées à l'administration par les lois qui la régissent ou par les contrats qu'elle souscrit ; ainsi (...) tout contrat passé par l'administration a le même effet, si quelque contestation s'élève sur le sens ou l'exécution de ses clauses. L'ensemble de ces débats considérés en masse forme le contentieux de l'administration : il se compose donc d'une nature particulière de contestations qui se distinguent, comme on voit, du contentieux judiciaire et de l'administration pure⁴⁶³.

Qu'entend-il par contrat ? Ce que ses contemporains en ont pensé : les marchés de l'administration participent de l'État-administrateur et relèvent, à ce titre, de la juridiction administrative. Non par l'effet d'une dérogation spéciale introduite par la Loi ; mais à raison de la nature même de ce contentieux contractuel, parce que les marchés participent de l'action administrative⁴⁶⁴. VIVIEN est avant tout préoccupé à promouvoir une justice administrative déléguée. Et c'est d'ailleurs à cet effet qu'il les mobilise⁴⁶⁵. Lorsqu'il les admet parmi le contentieux administratif par nature, il exprime une opinion commune et très majoritaire parmi les administrativistes de son époque. Sa doctrine ne varie pas avec le temps⁴⁶⁶. Cette digression est utile pour éviter les équivoques auxquelles les développements de BATBIE peuvent prêter⁴⁶⁷.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Cf. le chapitre 2, titre IV, première partie (spéc. les § 198 à 200).

⁴⁶³ VIVIEN Alexandre-François, « Le Conseil d'État », in *Revue des deux mondes* 1841, IV, p. 608.

⁴⁶⁴ *Id.*, p. 609.

⁴⁶⁵ *Id.*, p. 614.

⁴⁶⁶ VIVIEN Alexandre-François, *Études administratives*, Paris, Guillaumin & Cie, 1859 (3^e éd. [édition posthume], 2 vol.), t. 1, p. 121.

⁴⁶⁷ Nous n'incriminons pas BATBIE d'avoir mal lu VIVIEN. Nous ne nous expliquons pas vraiment la référence que celui-là fait à celui-ci. Ce qui est certain, c'est qu'en souhaitant fonder sa doctrine à s'aidant de celle de ses aînés, il ne pouvait que se référer à VIVIEN. Les autres administrativistes, c'est-à-dire FOUCART, LAFERRIÈRE, CHAUVEAU, TROLLEY, SERRIGNY, ont présenté des définitions du contentieux administratif trop manifestement différentes de la sienne. Au contraire de VIVIEN, ces auteurs ont écrit des ouvrages de systématisation. Autrement dit leurs propos se prêtaient moins aisément à une

Nonobstant l'apparente continuité doctrinale, BATBIE se rapproche de ses propres contemporains pour qui les actes contractuels de l'administration sont attachés à la juridiction judiciaire. En ce sens, il diffère profondément des administrativistes de la génération précédente, quoiqu'il essaye – et d'autres avec lui – de s'attirer le crédit de VIVIEN.

262. Léon AUCOC⁴⁶⁸, professeur de droit administratif à l'École des ponts et chaussées, défend les mêmes idées. Ses écrits présentent toutefois le mérite d'énoncer explicitement ce qui distingue cette définition du contentieux administratif, de celle formalisée par ses prédécesseurs.

On aurait pu dire que tout acte fait par l'autorité administrative, comme puissance publique, en vue de la gestion d'un service public, ne peut être discuté que devant la juridiction administrative. (...) On n'aurait ainsi renvoyé à cette autorité, dans le silence des textes, que les difficultés relatives aux actes où l'administration figure comme propriétaire, dans les mêmes conditions que les simples particuliers, et pour lesquels elle se conforme aux règles du droit civil. (...)

La jurisprudence actuelle du Conseil s'est arrêtée à une autre distinction. Elle considère que la juridiction administrative est compétente de plein droit, à l'exclusion de l'autorité judiciaire, pour reconnaître les obligations et les droits qui dérivent, soit pour l'administration, soit pour les particuliers, des lois qui ont organisé les services publics ou des actes d'autorité faits par l'administration, en exécution de ces lois⁴⁶⁹. Que s'il s'agit au contraire des droits ou des obligations qui dérivent d'un contrat proprement dit passé par l'administration, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient, en principe, d'y statuer sans qu'on ait à rechercher si le contrat était passé à l'occasion d'un service public ou pour la gestion des propriétés publiques dans les conditions du droit civil ; la juridiction administrative ne peut être saisie des difficultés relatives à l'exécution des contrats que s'il existe un texte de loi qui lui attribue compétence à cet effet⁴⁷⁰.

mésinterprétation. Par ailleurs, l'autorité doctrinale de VIVIEN est assez avantageuse : au faite de sa carrière (il est décédé en 1854), il fut président de la section de législation du Conseil d'État et membre de l'Institut.

⁴⁶⁸ Au sujet de Léon AUCOC (1828-1910), voir les notices biographiques qui lui sont consacrées dans le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004) et dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Nous signalons en outre l'article de M. BLANCPAIN : « Léon AUCOC, praticien et théoricien du droit administratif » (in *R.H.D.F.E.* 1974, p. 733). AUCOC fit l'essentiel de sa carrière au Conseil d'État (1852-1879). Il démissionna par solidarité avec ceux de ses collègues qui firent l'objet de l'épuration républicaine de 1879. Après quoi il fut nommé président de la Compagnie du Midi.

⁴⁶⁹ Formule assez semblable dans la deuxième édition : « On admet comme une conséquence nécessaire du principe de l'indépendance de l'administration à l'égard de l'autorité judiciaire, que la juridiction administrative est compétente, de plein droit, pour reconnaître les droits et les obligations qui dérivent, soit pour l'administration, soit pour les particuliers, des lois et règlements qui ont organisé les services publics, et pour statuer sur les litiges que soulèvent les actes faits par l'administration en exécution de ces lois et règlements » (nous soulignons les propos ajoutés comparaison faite de la première édition) (AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1878-1882 (2^e éd., 3 vol.), t. 1, p. 437-438).

⁴⁷⁰ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1869), p. 373-374.

En d'autres termes – « *les contestations relatives à l'exécution des contrats passés par l'administration doivent être portées de plein droit devant l'autorité judiciaire* » lorsqu'aucun texte spécial n'en dispose autrement⁴⁷¹. Si AUCOC adhère à cette définition, alors consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État, il conçoit tout à fait ce qu'elle a de restrictive. C'est pourquoi, en émuissant ce qu'elle a de dogmatique, il s'empresse de faire voir que les contentieux contractuels liés au fonctionnement des services publics sont attachés à la juridiction administrative par un tissu de dérogations légales :

Pour qu'on puisse bien apprécier les conséquences de ce système, il faut ajouter qu'il existe des textes qui attribuent compétence à la juridiction administrative, pour connaître des difficultés relatives à l'exécution de tous les marchés passés au nom de l'État dans un intérêt d'administration publique. De plus, la jurisprudence du Conseil d'État a établi, comme un principe fondamental de notre droit public (...) qu'il appartient qu'à la juridiction administrative de constituer l'État débiteur, c'est-à-dire de reconnaître une créance à la charge de l'État, à moins qu'une disposition expresse de la loi n'ait attribué compétence à l'autorité judiciaire. Par l'application de cette règle, on arrive à soumettre à la juridiction administrative toutes les difficultés relatives aux obligations que l'État aurait contractées, à divers titres, dans la gestion des services publics⁴⁷².

Pour ce faire une idée juste de la définition donnée au contentieux contractuel de l'État, il ne faut donc pas en rester à la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) et au décret du 11 juin 1806 – l'un relatif aux marchés de travaux publics, l'autre aux marchés de fournitures de l'État. Il convient encore d'associer ces lois à celles sur lesquelles se fondent la théorie de l'État débiteur, qui ensemble atténuent ce que la définition du contentieux administratif par nature peut avoir d'obtus.

263. Une compréhension du contentieux administratif exclusive du contentieux contractuel de l'administration. – Non seulement les contrats de l'administration ont reçu une autre qualification, mais le contentieux contractuel a aussi accusé une représentation différente de celle jusqu'alors admise. L'abandon de la distinction

⁴⁷¹ *Id.*, p. 380-381. Cet auteur ne laisse poindre aucun doute sur le sens de sa doctrine. Le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire « *ne paraît conduire qu'à empêcher l'autorité judiciaire d'annuler expressément les actes de l'administration statuant comme puissance publique et d'y substituer des mesures différentes. (...) Mais quand il s'agit de contestations qui n'ont pour objet que de faire prononcer sur des questions d'intérêt pécuniaire entre l'État et les citoyens, du contentieux des impôts, du contentieux des marchés de travaux publics ou de fournitures, ce n'est pas le principe de la séparation des pouvoirs qui peut justifier la compétence de la juridiction administrative ; c'est par d'autres motifs qu'il faut expliquer l'utilité d'une juridiction spéciale* » (Intervention orale de Léon AUCOC dans un débat suscité à l'occasion des études de DUBOIS & DARESTE sur les justices administratives en Europe, in *Bulletin de la Société de législation comparée* 1872-1873, II, p. 296).

⁴⁷² AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1869), p. 374-375. Attaché à rendre compte de l'état positif de la jurisprudence, il indique dans la deuxième édition la caducité de la théorie de l'État débiteur : « *Cette doctrine, qui semblait avoir une portée excessive et dont les bases étaient vivement contestées, ne se trouve pas reproduite dans les décisions du tribunal des conflits qui arrivent à la même conclusion par d'autres considérations* » (AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 1 (1878), p. 440). Aussi précise-t-il à propos des contrats de l'administration : « *Lorsqu'il s'agit d'un contrat, même passé en vue d'un service public, il faut une disposition expresse attribuant compétence à la juridiction administrative pour que l'autorité judiciaire soit dessaisie* » (*ibid.*).

État-administrateur/Étatpropriétaire comme principe fondamental du droit administratif, a coïncidé avec des administrativistes qui ont cessé de concevoir les marchés de l'administration comme un vecteur de l'action administrative, pour ramasser *in fine* tous les contrats dans une même désignation. Parmi ceux-là, CABANTOUS en est un exemple – et paraît en cela tendre la main à un DUFOUR qui, dans les années 1840, était isolé en promouvant cette thèse.

Les marchés de fournitures étant des actes administratifs contractuels, toutes les difficultés auxquelles donne lieu leur interprétation ou leur exécution doivent, en vertu des principes généraux sur les limites du contentieux administratif et à moins de dérogation expresse, être portées devant les tribunaux judiciaires. (...)

La dérogation à la juridiction judiciaire ne concernant que les marchés de fournitures pour le compte du gouvernement, il s'ensuit que les tribunaux judiciaires sont seuls compétents, relativement aux marchés de fournitures pour le compte des départements, des communes ou des établissements publics⁴⁷³.

Le contentieux contractuel n'est rien d'autre qu'un contentieux essentiellement judiciaire, exceptionnellement soustrait aux tribunaux par des considérations d'opportunité. Notamment pour abrégier « *les abus et les scandales qui* [survinrent sous la Révolution] (...) *dans le service des fournitures* »⁴⁷⁴, suite à la loi du 4 mars 1793 qui avait consacrée à ce propos la compétence judiciaire. Ce déclassement est presque aussi politique que celui de la vente des biens nationaux. C'est à tout le moins par un motif étranger au Droit que les fournitures de l'État sont confiées à la juridiction administrative. Les ressorts de cette dérogation sont en quelque sorte inintelligibles à la grammaire juridique, et donc hors de toute discussion. Cela en renforce le caractère exceptionnel et excentre conséquemment les marchés de fournitures dont le lien avec le contentieux administratif devient absolument artificiel, tout juste sanctionné par la Loi.

264. Ceci n'est pas une opinion marginale. Après CABANTOUS, DUCROCQ exprime la même :

Un (...) principe de droit fondamental est que le contentieux judiciaire comprend le contentieux des contrats. Toutes les difficultés d'interprétation ou d'exécution qu'ils soulèvent sont de la compétence de l'autorité judiciaire, alors même que l'État, le département, la commune, y figurent comme parties. Si donc les tribunaux administratifs sont investis de la connaissance du contentieux des marchés de travaux publics, des marchés de fournitures de l'État, c'est encore parce que [des lois] ont enlevé la connaissance de ces

⁴⁷³ CABANTOUS Louis, *Répétitions écrites sur le droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1854), p. 271-272. Cf. en outre : « Limite de la compétence judiciaire en matière de contrats, de dette publique et de responsabilité civile » (*in* R.C.L.J. 1858, XII, p. 216 sq.).

⁴⁷⁴ CABANTOUS Louis, *Répétitions écrites sur le droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1854), p. 271-272.

litiges aux tribunaux judiciaires pour les placer dans le contentieux administratif⁴⁷⁵.

En explicitant les raisons de cette dérogation légale, il ne s'engage pas dans une autre approche. Participant de motifs non-juridiques, la Loi n'a pas à être discutée car elle se situe sur un plan où les appréciations du juriste n'ont aucune prise.

Il n'y a pas lieu de distinguer non plus, au point de vue de la nature des contrats eux-mêmes. Aucun texte ne les a jamais divisés en contrats administratifs et contrats judiciaires. Le droit commun des contrats, au point de vue de la compétence, est de la compétence judiciaire. Il n'en est autrement que lorsque des textes formels, comme ceux-ci-dessus indiqués, en ont fait délibération d'un contentieux à l'autre, par des motifs politiques qui n'ont plus de raison d'être pour le contentieux des domaines nationaux, et par des motifs d'exécution rapide, économique et plus sûre des travaux publics et des marchés de fournitures qui sont justifiées, lorsque la loi a la sagesse d'éviter l'encombrement et l'arriéré des affaires contentieuses au conseil d'État⁴⁷⁶.

Cela étant, il dément formellement que les marchés de l'administration soient marqués d'un caractère singulier qui les distingue des autres conventions de l'administration :

On conteste encore, sous ce prétexte, que ce seraient des contrats administratifs. L'objection n'est pas plus fondée que celle relative au caractère administratif de certaines lois. Les principes juridiques applicables aux contrats sont les mêmes au point de vue de la compétence, bien que leurs clauses varient. L'État, le département, la commune, ne figurent pas dans des contrats à titre de puissance publique, mais à titre de personnes civiles, et tel est le motif pour lequel il ne suffit, ni de leur présence dans un contrat, ni de l'intérêt public qui peut s'attacher à l'exécution de ce contrat, pour que les litiges qu'il soulève appartiennent au contentieux administratif. Le droit commun relatif à la compétence est applicable aux personnes civiles, comme aux personnes physiques, en matière de contrats, sans distinction au point de vue des parties qui y figurent⁴⁷⁷.

Cette relégation des marchés parmi les actes assujettis à la juridiction judiciaire repose – comme nous venons de l'exposer – sur une conception du contentieux administratif solidaire d'une certaine représentation de l'État. Il faut se garder de tomber dans une confusion des termes. Car DUCROCQ affirme souvent que si l'État peut être envisagé comme puissance publique et comme personnalité civile, ces deux aspects s'entremêlent si bien dans la pratique que cette dichotomie doit être employée avec précaution et sans dogmatisme⁴⁷⁸. Ce qu'il entend par « puissance

⁴⁷⁵ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, op. cit. (7^e éd.), t. 2 (1897), p. 15.

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 15-16.

⁴⁷⁷ *Id.*, p. 15.

⁴⁷⁸ Certains auteurs rapprochent ces deux manifestations de l'État pour caractériser – par exemple – ce que les marchés de travaux publics ont de spécifique vis-à-vis du reste des conventions de l'État. Tel est le cas de l'avocat aux Conseils Rodolphe DARESTE, lorsqu'il s'essaye à justifier le bien-fondé de la compétence échue aux conseils de préfecture – dont l'existence même est mise en débat par une proposition de loi en 1872 : « Toutes les contestations qui rentrent dans la compétence administrative ont un double caractère ; elles soulèvent

publique » dans la citation reproduite, c'est l'administration prise comme autorité administrative, c'est-à-dire comme le *continuum* du gouvernement dont elle exécute les desseins⁴⁷⁹. Ainsi conçue, l'administration correspond à « l'ensemble des services publics destinés à concourir à l'exécution des lois d'intérêt général et des actes du gouvernement »⁴⁸⁰. À côté de cette administration définie comme mandataire de la puissance exécutive et placée à la discrétion du chef du gouvernement, DUCROCQ envisage l'administration comme gestionnaire des droits patrimoniaux de l'État-personne civile. « Ainsi considéré comme être collectif, [l'État] est investi de droits et d'obligations analogues ou identiques à ceux des particuliers ; il possède ; il est propriétaire ; il peut aliéner, il peut acquérir à titre onéreux ou à titre gratuit, comme le font les simples citoyens ; comme eux, il a des créances et des dettes de capitaux ou de rentes »⁴⁸¹. Suivant cette partition, les actes de l'administration sont partagés entre ceux qui procèdent des prérogatives constitutionnelles échues spécialement au pouvoir exécutif, et ceux qui découlent des lois civiles. Dès lors, au lieu d'être conçus par rapport à l'action administrative, les contrats de l'administration sont agrégés à la théorie de la personnalité civile dans l'influence de laquelle ils apparaissent comme des actes conventionnels, absolument identiques aux contrats du droit privé. Autrement dit, il argumente en faveur d'une théorie de l'action de l'administration, qui dissocie une action *unilatérale* et *autoritaire*, d'une action *consensuelle* et *gestionnaire*. La nature des motifs d'après lesquels – selon DUCROCQ – le contentieux des marchés de l'administration a été confié à la juridiction administrative, corrobore la nature à laquelle participent les contrats de l'administration. Éloignés du contentieux administratif parce qu'attachés à l'État-personne civile dont les attributs s'identifient aux lois civiles, les contrats de l'administration sont assimilés à un ordre d'idées incompatible avec l'action administrative. Subséquemment nie-t-il – et d'autres avec

toutes des questions de droit privé et en même temps des questions de droit public, et c'est précisément à raison de ce fait que les lois leur ont assigné des juges spéciaux. (...) Voilà pourquoi on donne à ces affaires un juge spécial, non pas parce que l'intérêt de l'État est en jeu, mais parce que les affaires dans lesquelles le droit public se trouve mêlé ne doivent pas être jugées uniquement d'après les principes du droit privé. C'est une erreur de croire qu'il en soit autrement des contestations entre l'État et les entrepreneurs de travaux publics. Sans doute il s'agit d'un contrat, et les contrats sont soumis à l'application des règles du droit civil ; mais alors même que l'État contracte et devient ainsi, à certains égards, une personne privée, il ne se dépourrit pas absolument de son caractère de personne publique. Il a toujours le pouvoir et le commandement. Les relations des contractants sont donc empreintes du droit public tout autant que de droit privé, et dès lors il est convenable qu'elles soient remises à l'appréciation d'un juge spécial. Par exemple, n'est-ce pas en vertu des principes du droit public que l'État peut toujours résilier ses marchés et mettre ses entrepreneurs en régie s'ils arrêtent leurs travaux ? » (Observations de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, en réponse au questionnaire relatif aux conseils de préfecture, Paris, Imprimerie de Claye, 1872, p. 3-4).

⁴⁷⁹ « Nous pensons (...) que le gouvernement est la portion du pouvoir exécutif qui a mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que l'administration en est le complément et l'action vitale » (DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, op. cit. (7^e éd.), t. 1 (1897), p. 28 – nous employons la dernière édition afin de rendre les lectures croisées plus pertinentes ; toutefois, l'idée qu'il se fait de l'autorité administrative est exprimée dès la première édition (1862), et la citation faite, dès la troisième édition (1868)).

⁴⁸⁰ *Id.*, p. 29.

⁴⁸¹ *Id.*, t. 4 (1900), p. 7.

lui – toute singularité aux contrats de l'administration, même à ceux soumis à la juridiction administrative.

265. Une assimilation des contrats de l'administration aux contrats privés, entérinée par les ouvrages universitaires de vulgarisation. – Cette doctrine ne fut pas seulement développée par quelques administrativistes renommés. Elle infusa assez vite la doctrine administrative pour être majoritairement partagée dans le cours des années 1870. C'est la même approche consacrée par l'auteur d'un des manuels les plus sérieux du dernier tiers du XIX^e siècle, le professeur aixois GAUTIER – successeur de CABANTOUS en 1872.

La puissance publique contre les actes de laquelle un recours est possible n'est (...) que le pouvoir exécutif. Mais les actes qui donnent lieu à contentieux administratif ne sont pas tous les actes de ce pouvoir, et il faut en retrancher soigneusement les actes contractuels qui sont soumis à la compétence des tribunaux judiciaires⁴⁸².

Un acte administratif et un acte contractuel s'opposent « *au point de vue de la compétence* » suivant une distinction « *très-rationnelle et [qui] découle de la nature des choses* »⁴⁸³. Il précise le fond de sa pensée qui emprunte beaucoup à celle de DUCROCQ – non pas nécessairement qu'il s'en soit inspiré ; à tout le moins puise-t-il au même fond doctrinal.

Parmi les actes auxquels se livre un administrateur, il en est qui supposent nécessairement chez lui la qualité de représentant des intérêts généraux et qui sont tels qu'un particulier ne saurait faire de semblables pour son patrimoine. (...) Ce sont là vraiment des actes administratifs en ce sens qu'il faut être administrateur pour y procéder. D'autres actes, au contraire, quoique passés par des administrateurs, ne supposent point chez eux une qualité ou des pouvoirs spéciaux ; ils sont de la nature de ceux qu'un particulier fait tous les jours pour la gestion de ses biens. (...) Pourquoi les soumettrait-on à une juridiction spéciale ? Qu'importe qu'ils soient passés, par exemple, pour le compte de l'État ? ils n'en sont pas moins soumis aux règles du droit commun, et l'on peut assimiler l'administrateur qui y figure au gérant d'une société qui contracterait pour le compte de celle-ci. Aussi s'explique-t-on fort bien que les actes contractuels soient soumis à la compétence judiciaire. Si ou doute s'élève pour savoir si l'on doit regarder comme administratif ou contractuel un acte dans lequel figure un administrateur, il faut se demander si cet acte est tel qu'il nécessite chez son auteur des pouvoirs particuliers et qu'un administrateur seul puisse s'y livrer⁴⁸⁴.

D'autres se situent sur le même plan d'idées : tel Paul DELOYNES, professeur à la faculté de droit de Douai (refondée en 1865 après sa disparition en 1795). Il présente dans son précis le contentieux administratif d'une manière rigoureusement identique

⁴⁸² GAUTIER Alfred, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, Paris, Lahure, 1879, p. 4 (il s'agit du premier volume ; le second étant intitulé : *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public* (1880)).

⁴⁸³ *Id.*, p. 4-5.

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 5.

à celle de DUCROCQ⁴⁸⁵. Il fait si bien corps à la doctrine de ce dernier qu'il s'en montre un adepte – témoignant incidemment de l'audience de celle-ci. Il en est de même de Fernand MARIN, docteur en droit et auteur d'un manuel. Celui-ci indique s'être inspiré des cours professés à Paris et cite d'ailleurs expressément DUCROCQ à propos du contentieux administratif⁴⁸⁶. Ou encore du cours de Théodule VAQUETTE⁴⁸⁷ répétiteur privé et auteur de nombreux ouvrages du même genre ; du manuel d'Alfred DIEUDONNÉ, professeur libre de droit et d'économie politique⁴⁸⁸ ; du cours élémentaire de Maurice COLIN, professeur à la faculté d'Alger⁴⁸⁹ ; du manuel de Jean-François MARIE, professeur à la faculté de Rennes⁴⁹⁰ ; ou encore du manuel du répétiteur privé, René FOIGNET⁴⁹¹. Ces ouvrages de la doctrine universitaire de vulgarisation⁴⁹² n'ont rien de bien novateurs. Pourtant ils sont significatifs de la réception d'une doctrine dont le succès est clairement accusé à partir des années 1870.

266. Au cours des deux précédentes décennies, les définitions sont très succinctes à l'instar de celle proposée par le répétiteur CHANTAGREL : « *On peut définir le contentieux administratif, le débat entre un droit privé et l'administration à l'occasion d'un acte administratif* »⁴⁹³. Derrière la simplicité de ces propos, nous lisons la permanence d'une conception qui assimile l'acte administratif à l'acte de l'administration qui agit dans l'intérêt public, c'est-à-dire à l'administration qui se meut à titre d'État-administration⁴⁹⁴. Au cours des années 1860, seuls les précis de BATBIE et PELLOT

⁴⁸⁵ DELOYNES Paul, *Précis de droit administratif conforme au programme officiel contenant le texte et le commentaire des lois votées par l'Assemblée nationale dans la session de 1871*, Paris, Cotillon & fils, 1872, p. 232-233.

⁴⁸⁶ MARIN Fernand, *Manuel du cours de droit administratif suivi de tableaux synoptiques et d'un résumé*, Paris, Marescq jeune, 1879, p. 21.

⁴⁸⁷ VAQUETTE Théodule & LE BAILLEUR A., *Cours résumé de droit administratif*, Paris, Vaquette, 1884, p. 24-25.

⁴⁸⁸ DIEUDONNÉ Alfred, *Manuel de droit administratif à l'usage des étudiants en droit et des candidats aux diverses administrations publiques*, Paris, Marescq aîné, 1883, p. 24-25.

⁴⁸⁹ COLIN Maurice, *Cours élémentaire de droit administratif précédé de notions sur l'organisation des pouvoirs publics en France à l'usage des candidats aux examens de licence*, Alger, Jourdan, 1890, p. 112-113.

⁴⁹⁰ MARIE Jean-François, *Éléments de droit administratif, à l'usage des étudiants des facultés de droit*, Paris, Larose & Forcel, 1890, p. 88-89.

⁴⁹¹ FOIGNET René, *Manuel élémentaire de droit administratif conforme aux nouveaux programmes : suivi d'un résumé en tableaux synoptiques, d'une liste chronologique des lois, ordonnances et décrets les plus importants relatifs au droit administratif, et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen*, Paris, Rousseau, 1893 (2^e éd. ; première édition inconnue), p. 281-284. Il écrit à propos des marchés de fournitures : « *Par sa nature le marché de fournitures, acte contractuel, fait partie du contentieux judiciaire. La loi du 12 vendémiaire an VIII n'a dérogé à la compétence judiciaire que pour les difficultés qui naissent à l'occasion des marchés de fournitures passés par l'État, dans les rapports entre le fournisseur et l'administration : voilà pourquoi sur tout le reste la compétence judiciaire subsiste* » (*id.*, p. 296, note de bas de page n° 3).

⁴⁹² Cf. à ce propos le chapitre 2, titre III, première partie.

⁴⁹³ CHANTAGREL Jean, *Droit administratif. Questionnaire, résumé et supplément*, Paris, Masson, 1859, p. 185.

⁴⁹⁴ Tel est le cas des manuels de VAUVILLIERS (*Cours de droit administratif*, 1854), de CHANTAGREL (*Droit administratif théorique et pratique*, 1858), de BŒUF (*Résumé de répétitions écrites sur le droit administratif*, 1866), de AUMONT (*Manuel de droit administratif à l'usage des étudiants*, 1868).

s'en démarquent⁴⁹⁵. Dans les précédents manuels, l'attention se porte moins souvent sur la manière de départager les deux ordres de juridiction que sur la différenciation entre le recours gracieux du recours contentieux, au sein même de l'ordre administratif. Nous discernons à cet égard la pesanteur des réflexions doctrinales de VIVIEN. Autrement dit, la thèse de l'acte administratif individuel et spécial, seul susceptible d'ouvrir lieu – en principe – à un contentieux administratif, acquiert son rayonnement à partir de la fin des années 1860. Dans cette littérature où le plan est largement calqué sur les matières inscrites au programme de la faculté, les marchés de l'administration ne sont jamais vus qu'à travers l'énumération des compétences juridictionnelles. Or c'est à partir de cette conception du contentieux administratif que les contrats de l'administration sont pris comme genre, c'est-à-dire comme des actes contractuels. Dans les traités publiés à partir des années 1860, et dans les manuels publiés à partir des années 1870, les marchés sont des actes contractuels artificiellement distraits de la compétence judiciaire. En inclinant à voir les contrats de l'administration différemment, ce renversement des perspectives a influé sur la manière dont la doctrine administrative a épuisé certaines questions – comme celle sur la condamnation de l'État aux dépens.

- 267. Une inflexion doctrinale accusée dans l'actualité du droit administratif : l'exemple de la condamnation de l'État aux dépens.** – Un débat relatif à la procédure contentieuse administrative a entériné cette nouvelle conception des contrats de l'administration. Son exemple illustre les synergies qui, en l'attachant à des questions contemporaines, ont permis d'en éprouver la valeur. En soulevant la question des dépens qui avait déjà été posée quelques années auparavant⁴⁹⁶, cette manière d'appréhender les contrats de l'administration a démontré sa pertinence en confrontant son opérationnalité. Cet exemple illustre en outre l'emploi qui fut fait des représentations concurrentes du droit administratif dans les années 1850-1860. D'aucuns ont milité pour que l'État soit condamné aux dépens lorsque le requérant obtient gain de cause dans un procès intenté devant la juridiction administrative⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Cf. le *Précis du cours de droit public et administratif* de BATBIE (1860) & les *Leçons manuscrites de droit public et administratif* de PELLOU (1869).

⁴⁹⁶ L'article 42 de la loi organique du 3 mars 1849 (relative au Conseil d'État) avait étendu l'application de l'article 130 du code de procédure civile aux procès administratifs – et ce sans qu'il n'y ait eu aucun débat à l'Assemblée nationale. Cependant, cet article fut abrogé avec l'ensemble de cette loi par le décret organique du 25 janvier 1852.

⁴⁹⁷ Tel est le cas d'Adolphe CHAUVEAU qui préconisait depuis longtemps d'appliquer cette règle de procédure civile à tous les instances où l'État pourrait comparaître, quelle que fût sa qualité. « *Que l'administration agisse comme propriétaire dans l'intérêt du domaine de l'État, ou comme autorité publique en défendant les intérêts généraux de la société, elle est toujours partie adverse de celui qui a obtenu gain de cause. (...) Les simples particuliers ne doivent pas être victimes de la fausse appréciation que l'administration a fait de ses droits, et il ne serait pas conforme aux règles de la justice qu'ils vissent retomber sur eux des dépens occasionnés par cette fausse appréciation* » (*Code d'instruction administrative ou lois de la procédure administrative contenant, dans l'ordre du code de procédure civile avec des rubriques correspondant aux titres de ce code, les règles de l'instruction devant les tribunaux administratifs, préfets, ministres,*

Pourtant, le Conseil d'État s'est longtemps refusé à appliquer les dispositions du code de procédure civile en estimant que devant la juridiction administrative, l'État n'est pas une partie⁴⁹⁸. Empruntant aux idées professées par DUCROCQ, le commissaire du gouvernement ROBERT combattit cette jurisprudence :

L'État peut se présenter dans une instance en Conseil d'État sous trois formes différentes : 1° comme propriétaire d'un domaine privé ; 2° comme administrateur, gérant d'un service public quelconque, et soutenant des procès en cette qualité ; 3° comme gouvernement, organe de la puissance publique, poursuivant la répression des contraventions de grande voirie ou défendant le maintien d'actes attaqués pour excès de pouvoir par le recours exceptionnel qu'autorise la loi des 7-14 octobre 1790⁴⁹⁹.

Dans la dernière situation, « *l'intérêt gouvernemental que [l'État] défend s'élève au-dessus de celui qui s'attache à une condamnation pécuniaire évitée ou obtenue* ». En revanche et à rebours de l'opinion consacrée par le Conseil d'État, ROBERT estimait que « *quand l'État agit, non plus comme gouvernement, mais comme propriétaire soutenant des contestations de droit civil, ou comme administrateur refusant de payer une indemnité pour dommage, de solder un entrepreneur de travaux publics ou un fournisseur, de régler une pension, il est toujours, bien qu'il parle au nom d'un intérêt collectif, la partie adverse de celui qui a obtenu gain de cause contre lui ; il y a eu entre eux un véritable procès dont une condamnation pécuniaire était le principale enjeu* »⁵⁰⁰. En somme, il entendait tirer les conséquences de cette idée suivant laquelle l'État, lorsqu'il contracte, ne se pare d'aucun de ses attributs de puissance publique ; qu'autrement dit en cette situation, l'État se présente devant les juges administratifs comme une simple partie, dont le statut n'est pas en cette hypothèse différent de celui des particuliers⁵⁰¹.

conseils de préfecture, conseil d'État, etc., ouvrage faisant suite aux Lois de la procédure civile, (CARRÉ), Paris, Cosse, 1848 (1^{re} éd.), p. 611).

⁴⁹⁸ Au début des années 1850, le commissaire au gouvernement REVERCHON avait prononcé des conclusions qui s'efforçaient de battre en brèche cette idée si intransigeante qu'elle en venait à être inique. Parmi plusieurs arguments, il s'exclamait : « *Sans doute, statuer sur le contentieux administratif, c'est encore administrer, ainsi que le disait, avec autant de précision que de justesse, M. le président HENRION DE PANSEY (...). Sans doute l'État n'est pas une partie dans le sens propre du mot. Mais encore faut-il se fixer sur la véritable portée et par conséquent sur les véritables limites de ces principes. Gouvernent-ils exclusivement, peuvent-ils et doivent-ils gouverner exclusivement l'organisation et le mode de procéder de la juridiction administrative ? Peuvent-ils, doivent-ils être suivis inflexiblement, imperturbablement, dans toutes leurs conséquences, sans qu'aucun principe parallèle ne vienne se placer à côté d'eux et réclamer aussi sa part ? S'il en était ainsi, ce serait un phénomène nouveau dans le droit, dans le droit administratif surtout, et même ailleurs. Cette logique absolue, toute d'une pièce, sur la pente de laquelle l'esprit humain ne se laisse que trop facilement glisser, n'est pas en général la vérité, la raison* » (LEBON Félix (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 22 ; année 1852), p. 15-16 (C.E., 27 février 1852, NIOCEL).

⁴⁹⁹ ROBERT Charles-Frédéric, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Ville de Ham* (C.E., 16 décembre 1863), in LEBON Félix & HALLAYS-DABOT Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 33 ; année 1863), p. 812.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ SERRIGNY s'expliquait l'impossibilité de condamner l'État aux dépens d'après des raisons économiques (*Traité de l'organisation de la compétence...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1842), p. 361 *sq.*). Il ajoutait par ailleurs que « *l'administration ne se dépouille pas entièrement de sa puissance dans les discussions contentieuses : elle remplit un office public en défendant les intérêts généraux de la société* » (*id.*, p. 363).

268. Peu avant, BOUCHENÉ-LEFER avait appuyé cette dichotomie, d'après laquelle l'administration cesse – en certaines circonstances – d'être le mandataire du pouvoir exécutif pour défendre des intérêts – essentiellement pécuniaires – dont la valeur est identique à ceux des particuliers et ne réclame aucune protection spéciale.

[Les actes de l'administration] se distinguent (...) en actes d'*autorité*, rendus, soit spontanément, soit quelquefois sur provocation, au nom et dans l'intérêt de l'État ou d'une de ses dépendances ou de ses fractions, *corps politiques*, c'est-à-dire, pour l'exécution des lois ; et en actes ou décisions pris par une autorité publique, comme *partie*, dans l'intérêt *pécuniaire*, soit de l'État, soit d'une de ses dépendances ou fractions, *corps politiques* (par exemple en matière d'impôts), ou personne civile (en matière de *contrats*, etc.), soit au nom et dans l'intérêt d'un établissement public, personne civile⁵⁰².

Cet auteur se prononça d'ailleurs en faveur de l'application des dépens à l'État dans les procès où l'État comparait comme partie⁵⁰³, avant que l'article 2 du décret du 2 novembre 1864 relatif à la procédure devant le Conseil d'État en matière contentieuse, n'institue cette règle dans les hypothèses où : 1° l'administration agit comme représentant le domaine de l'État ; 2° lorsqu'elle comparait comme partie contractante à un marché de fournitures ; ou bien encore 3° à l'occasion de l'exécution des travaux publics. Léon AUCOC ne s'y trompa lorsqu'il écrivit : « *Ce sont uniquement les procès soulevés par des actes de gestion, et encore dans les cas déterminés par le décret de 1864, qui peuvent aboutir à une condamnation aux dépens contre l'État* »⁵⁰⁴. Ce qu'il s'agit de considérer à travers cette question, c'est que la conception des contrats de l'administration telle qu'elle est promue à partir des années 1850, est solidaire de cette représentation du droit administratif explicitée – notamment – par les universitaires contemporains. Elle s'y articule et parfois l'amplifie en se prêtant à cette distinction où l'État est tantôt puissance publique, tantôt personne civile. Cet emploi corrobore autant qu'il exacerbe cette conception des contrats de l'administration – c'est-à-dire des actes par lesquels l'administration se présente comme un particulier usant de ses droits patrimoniaux. C'est pourquoi la théorie de l'État débiteur a été employée pour lier fermement au droit administratif des actes qui virtuellement dériveraient vers le droit civil.

⁵⁰² BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Principes et notions élémentaires (pratiques, didactiques et historiques) du droit public-administratif...*, op. cit. (1862), p. 603.

⁵⁰³ Cf. BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, « De la justice administrative », in R.P.D.F. 1863, XV, p. 378.

⁵⁰⁴ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1869), p. 525.

Paragraphe 2. – Des contrats de l'administration virtuellement exclus du contentieux administratif puis ressaisis par la théorie de l'État débiteur

269. Une promotion de la théorie de l'État débiteur concomitante à la désuétude de la distinction État-administrateur/État-propriétaire. – La définition communément admise du contentieux administratif à partir des années 1860 est concomitante de la promotion de la théorie de l'État débiteur qui a entériné la caducité de la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Celle-là n'est pas inédite au début des années 1850⁵⁰⁵, mais le Conseil d'État y recourut plus systématiquement – malgré certaines critiques⁵⁰⁶. D'interprétations équivoques, elle est selon certains, soit surabondante à la distinction précitée ; soit antinomique. Surabondante – si l'on considère qu'elle s'applique toutes les fois et seulement lorsque la situation où l'État est mis en cause correspond à l'État-administrateur. L'avocat aux Conseils JOUSSELIN s'est employé à le démontrer. En interrogeant les textes sur lesquels se fonde cette théorie et en en marquant l'ambiguïté, il suggère alors d'en subordonner l'interprétation à la distinction État-administrateur/État-propriétaire – alors majoritairement admise à l'époque où il écrit son article.

La mission de statuer sur les actions qui tendent à faire déclarer débiteur l'État-Gouvernement ou *Administration* ne peut appartenir qu'au pouvoir exécutif, dont l'autorité administrative est une dépendance. (...) En effet, c'est toujours à raison, soit d'un fait actif, soit d'une omission d'agir, ou d'un ordre donné, ou d'un service reçu dans la sphère administrative, que la demande est formée. Le principe de la séparation des pouvoirs suffit donc pour en interdire la connaissance à l'autorité judiciaire. (...)

Voilà donc le véritable fondement de la compétence administrative, toutes les fois que la demande est dirigée contre l'État-Gouvernement ou *Administration* : c'est le principe de la séparation des pouvoirs. Par conséquent, il suffit de citer, comme éléments de la solution, les articles des actes constitutionnels qui établissent la division des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et les lois (...) qui confirment plus spécialement la

⁵⁰⁵ Dès la première édition de son traité (1843-1845), DUFOUR parle d'une « doctrine depuis longtemps établie et journellement appliquée » (*Traité général de droit administratif appliqué...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 2 (1843), p. 563)

⁵⁰⁶ DUFOUR, CABANTOUS, FOUCART, par exemple, lui adressèrent de vives critiques. Le premier écrit dans la première édition de son traité : « Quelque témérité qu'il puisse y avoir à s'élever contre une opinion si accréditée dans le sein du conseil d'état et si généralement admise par les auteurs qui ont tracé le tableau de sa jurisprudence, nous n'hésitons point, tant est profonde notre conviction, à déclarer qu'elle manque de vérité » (*id.*, t. 2 (1843), p. 564). Selon le doyen aixois : « Du principe que les ministres sont seuls liquidateurs, (...) il suit bien qu'ils ont le droit et le devoir de vérifier les titres justificatifs de ces créances ; (...) mais il n'en résulte nullement qu'aux ministres seuls appartient le droit de déclarer l'État débiteur, à moins qu'un texte précis n'autorise les tribunaux judiciaires ou administratifs à connaître des actions qui tendent à ce but. Cette dernière conséquence est admise par la jurisprudence du conseil d'État ; mais elle n'en est pas moins erronée » (*Répétitions écrites sur le droit administratif...*, op. cit., (1^{re} éd., 1854), p. 309 ; cf. encore : « Limite de la compétence judiciaire en matière de contrats, de dette publique et de responsabilité civile », in R.C.L.J. 1858, XII, p. 212). Enfin, le doyen poitevin la critiqua comme trop générale pour être admise (*Éléments de droit public et administratif...*, op. cit. (4^e éd.), t. 2 (1855), p. 682). Si d'autres auteurs en firent mention, c'est d'une manière assez discrète, et rarement pour l'élever au rang des principes constitutifs du contentieux administratif. CHAUVEAU par exemple la subordonne à la doctrine qui distingue l'État-administrateur de l'État-propriétaire (cf. *Principes de compétence et de juridiction administratives*, op. cit., t. 1 (1841), p. 174).

séparation des autorités judiciaire et administrative. Par là, on est dispensé d'invoquer les textes des lois des 22 janvier, 25-28 mars 1790, 17 juillet-8 août 1790 et autres, relatives à la liquidation des créances arriérées, et l'on évite ainsi les objections qu'ils soulèvent⁵⁰⁷.

Ce fut encore l'opinion de quelques membres du Conseil d'État, tel VUITRY comme nous l'indique JOUSSELIN⁵⁰⁸.

- 270.** Antinomique – si l'on admet que la théorie de l'État débiteur s'applique à toutes les créances revendiquées sur l'État, sans distinction aucune. En se rangeant à cette opinion, DUCROCQ relève la contradiction qu'une telle interprétation présente avec la distinction État-administrateur/État-propriétaire, et l'abandon de celle-ci par la jurisprudence du Conseil d'État⁵⁰⁹. La diversité des rédactions employées par le Conseil d'État lorsqu'il y fait référence ; le fait qu'il ajoute souvent ce motif à d'autres, conduit à penser que cette théorie, dans cette acception si absolue, ne fut pas tout à fait assimilée par le Conseil d'État. D'ailleurs son collègue BATBIE propose une théorie différente lorsqu'il interprète la même jurisprudence⁵¹⁰. Quoi qu'il en soit, la distinction État-administrateur/État-propriétaire perdit peu à peu son audience comme principe du contentieux et du droit administratifs⁵¹¹. Ainsi qu'en atteste DUCROCQ par exemple :

L'État, si on le considère en lui-même et non plus au point de vue des autorités chargées de pourvoir à la marche des affaires, peut être envisagé dans le droit sous deux aspects comme puissance publique et comme personne civile ou morale. (...) Il faut reconnaître que ces deux caractères

⁵⁰⁷ JOUSSELIN Joseph, « À quelle autorité appartient-il de prononcer sur les actions qui tendent à faire déclarer l'État débiteur ? », in *R.C.L.J.* 1852, II, p. 446-447.

⁵⁰⁸ *Id.*, p. 445.

⁵⁰⁹ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1862), p. 294-295. Sans renier formellement cette opinion, il l'infléchit sensiblement à partir de la quatrième édition (1874) : « *S'il est universellement admis que l'État, pour ses propriétés, est justiciable des tribunaux judiciaires, sauf les affaires pour lesquelles un texte exprès en a ordonné autrement, il n'en est pas ainsi du point de savoir si l'État, poursuivi comme débiteur en déclaration de créance, à l'occasion des actes faits par l'administration pour l'exécution des services publics auxquels elle est chargée de pourvoir, est également justiciable de ces tribunaux dans les cas où les textes n'ont prononcé aucune attribution de compétence* » (*Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (4^e éd.), t. 2 (1874), p. 168). Dans la septième et dernière édition, il estime plus explicitement encore que « *toutes les fois qu'il s'agit de services publics, l'autorité administrative a seule le droit de déclarer l'État débiteur, à moins qu'un texte ne prescrive le contraire* » (*Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (7^e éd.), t. 5 (1904), p. 13).

⁵¹⁰ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 7 (1868), p. 384-385.

⁵¹¹ *A contrario* : « *Il faut examiner quelle est la nature du fait, en raison duquel l'État est actionné, et distinguer : S'il a agi comme personne privée, il y aura compétence de l'autorité judiciaire ; S'il a agi comme personne publique, il y aura compétence administrative. (...) Nous ne voyons pas, en effet, pourquoi on n'étendrait pas à l'État débiteur cette distinction, que nous avons fait pressentir et que tout le monde applique sans difficulté lorsqu'il s'agit de l'État propriétaire. À cette raison nous en ajouterons une autre : c'est que cette distinction est éminemment conforme à l'idée générale, sur laquelle repose le partage des attributions entre l'autorité Administrative et l'autorité Judiciaire, et qu'elle suppose d'ailleurs, dans la théorie de la loi, la simplicité et l'harmonie, qui ne sont jamais un mal. Cette dernière idée réfute suffisamment l'argument à contrario de M. DUCROCQ* » (PELLOT Alexandre, *Leçons manuscrites de droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux et l'explication des matières comprises dans le programme de l'enseignement des facultés de droit et du deuxième examen de licence*, Paris, Marescq aîné, 1869 (nouvelle édition), p. 148).

sont tellement liés l'un à l'autre, qu'ils se confondent le plus souvent dans l'individualité de l'État et qu'il serait dangereux d'établir entre eux une démarcation absolue. (...) Ces distinctions subtiles et sans utilité d'application seraient contraires à l'intelligence et à la netteté d'une exposition doctrinale, et, sous le bénéfice de cette observation générale, nous cesserons de nous en préoccuper. (...) La distinction entre l'État puissance publique et l'État personne morale, ne sera rappelée qu'à l'occasion des systèmes contradictoires produits sur la question de compétence [relative aux dettes de l'État]⁵¹².

Éprouvée par la théorie de l'État débiteur qui s'accorde mieux avec cette définition du droit administratif promue dans les années 1850, la distinction État-administrateur/État-propriétaire fut déclassée et perdit peu à peu son assise doctrinale⁵¹³.

- 271. L'enjeu de la théorie de l'État débiteur : récupérer le contentieux contractuel après son exclusion virtuelle du contentieux administratif.** – Si la théorie de l'État débiteur reçut une telle consécration, ce fut en effet pour aménager une définition du contentieux administratif de prime abord favorable à la juridiction judiciaire qui recouvre virtuellement tous les contentieux liés aux contrats. Son acception a permis de faire retomber dans le contentieux administratif tous les litiges contractuels liés à l'État, c'est-à-dire « *toutes les difficultés relatives aux obligations que l'État aurait contractées, à divers titres, dans la gestion des services publics* »⁵¹⁴. Quelques années plus tard, Édouard LAFERRIÈRE le fait également remarquer : suivant la définition donnée du contentieux administratif, cette théorie est indispensable pour garder à la juridiction administrative un certain nombre de contentieux qui, autrement, tomberait sous la juridiction judiciaire. La théorie de l'État débiteur ne recouvre pas seulement le contentieux délictuel lié au fonctionnement des services publics, mais « *il comprend [aussi] le règlement d'innombrables créances provenant de contrats ou de quasi-contrats de l'État : soldes, traitements, pensions émissions de rentes, opérations de trésorerie, comptes courants des trésoriers-payeurs généraux, etc.* »⁵¹⁵.

Toutes ces opérations (...) relèvent de la juridiction administrative, mais elles n'en relèvent pas en vertu du seul principe de la séparation des pouvoirs. En effet, ce principe ne soustrait de plein droit à l'action des tribunaux que les actes de puissance publique, et non les actes de gestion concernant les intérêts pécuniaires de l'État. Le contentieux de ces actes de

⁵¹² DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, op. cit. (1^{re} éd., 1862), p. 253-254.

⁵¹³ Il ne faut pas en exagérer la caducité. Nous en retrouvons trace chez quelques auteurs, comme Rodolphe DARESTE (*De la justice administrative en France...*, op. cit. (1^{re} éd., 1862), p. 220 sq.). Néanmoins, il est incontestable que cette distinction n'a plus la place centrale que lui avaient assignée les administrativistes sous la Monarchie de Juillet.

⁵¹⁴ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1869), p. 375.

⁵¹⁵ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault & C^{ie}, 1887-1888 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. 383.

gestion ne peut être administratif qu'en vertu des dispositions législatives générales ou spéciales⁵¹⁶.

Seuls y échappent par principe les contrats passés par les départements, les communes et les établissements publics. Cette théorie complète une définition étroite de l'acte administratif, autorisant de ce fait l'abandon de l'ancienne doctrine fondée sur la distinction État-administrateur/État-propriétaire. Ce sans provoquer aucun traumatisme dans la délimitation du contentieux administratif.

272. En somme, la théorie de l'État débiteur, complétée par quelques textes particuliers comme la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) ou le décret du 11 juin 1806, entérine ou plutôt accompagne l'assimilation des marchés à cette catégorie hétérogène des actes contractuels de l'administration. Il n'est plus question de justifier la compétence administrative d'après une certaine représentation de l'action administrative, mais d'attirer à elle toutes les conventions de l'État au motif qu'elles constituent une dette de l'État pour laquelle la liquidation appartient aux ministres. Les marchés des départements et des communes sont naturellement exclus de cette juridiction ministérielle et les marchés de travaux publics (de l'État) sont attribués aux conseils de préfecture par l'effet d'une dérogation spéciale en l'absence de laquelle les ministres eussent été compétents, sauf l'appel devant le Conseil d'État. C'est pourquoi la théorie de l'État débiteur est étayée par une autre théorie dont la promotion fut concomitante à la première : la théorie du ministre-juge, juge de droit commun en première instance pour le contentieux administratif⁵¹⁷. Son développement correspond avec une controverse sur la nature respective de la juridiction des conseils de préfecture et des ministres, pour déterminer celle des deux qui fut de droit commun⁵¹⁸. Le Conseil d'État opta pour la juridiction ministérielle en

⁵¹⁶ *Ibid.* C'est la raison pour laquelle Édouard LAFERRIÈRE écarte l'hypothèse suivant laquelle la décision BLANCO eût évincé la théorie de l'État débiteur : « La doctrine de l'État débiteur a[-t-elle] perdu tout crédit auprès du Tribunal des conflits et du Conseil d'État, [si bien] que ces juridictions se sont ralliées, dans leur for intérieur, à l'opinion de ceux qui considèrent le règlement des dettes de l'État par les ministres comme une simple opération préliminaire de comptabilité n'impliquant aucun droit d'appréciation sur le fond du droit ? Une telle innovation ne peut s'induire, ce nous semble, des modifications apportées à la forme d'arrêts [à l'instar de l'arrêt BLANCO] dont le fond est resté le même. Que l'on motive la compétence administrative, en présence d'actions en responsabilité formées contre l'État à raison de fautes de ses agents, en invoquant les lois fondamentales de la séparation des pouvoirs, ou la doctrine de l'État débiteur, ou enfin les deux motifs réunis comme on le faisait le plus souvent avant 1872, le résultat est le même. (...) Le Conseil d'État a pu, dans ces sortes d'affaires, adopter depuis 1873 les formules qui avaient la préférence du Tribunal des conflits, sans que cette marque de déférence ait altéré, au fond, sa doctrine presque séculaire sur la portée des lois de 1790 et de 1793, sur les pouvoirs du ministre liquidateur et sur la compétence qui en résulte en l'absence de règles contraires » (*id.*, p. 382-383).

⁵¹⁷ Cf. deux articles – respectivement du professeur BURDEAU : « Pouvoir administratif et droit public français. III. L'épanouissement du pouvoir ministériel sous la Monarchie censitaire » (*in Giornale di Storia Costituzionale* 2003, n° 5, p. 49) et du professeur BIGOT : « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique » (*in* BIGOT Grégoire & BOUVET Marc (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, Litec, 2006, p. 229).

⁵¹⁸ Celle-ci s'exacerbe au début des années 1850, à l'occasion des efforts entrepris pour réformer les conseils de préfecture. Avant cette décennie, la plupart des administrativistes reconnaissait *de facto* une

adhérant à un rapport rédigé par BOULATIGNIER et souvent cité pour justifier la nature de la juridiction ministérielle⁵¹⁹. À notre sens, le succès de la théorie de l'État débiteur dut beaucoup à cette appréhension de la juridiction ministérielle, car elle vint en renforcer la valeur en lui confiant un contentieux dont l'hétérogénéité accrédite l'idée que le ministre est le juge de droit commun. Et parmi ses compétences juridictionnelles, celle pour connaître du contentieux contractuel de l'État⁵²⁰. Cette association doctrinale a été si ferme qu'elle a profondément informé la conception faite des marchés de l'administration, au point d'être à l'origine *in fine* du concept moderne du contrat administratif. En érigeant les ministres comme juges de droit commun de toutes les créances souscrites par l'État, certains administrativistes ont questionné la nature de cette compétence – et spécialement de celle afférente aux marchés de fournitures – pour débattre des prérogatives juridictionnelles échues à l'administration active. L'abandon de la juridiction ministérielle dans les années 1870-1880, conduisit à des réflexions inédites sur les pouvoirs des ministres dans l'exécution des marchés de fournitures. D'aucuns développèrent l'idée d'après quoi l'administration fût titulaire pour l'exécution de ces marchés de prérogatives *administratives* exorbitantes, et non plus *juridictionnelles*. Ouvrant de ce fait le champ à l'élaboration d'une théorie des contrats administratifs qui fût autonome d'une théorie du contentieux administratif.

- 273. La théorie de l'État débiteur corrélée à la juridiction ministérielle.** – Avant de voir comment les marchés de fournitures ont été employés dans les critiques dirigées contre la juridiction ministérielle, il convient de réaliser qu'elles furent tout du long associées à la question suivante : qui est le juge administratif de droit commun ? Ce n'est pas par conservatisme qu'à propos de cette jurisprudence des années 1880 qui aboutit à l'arrêt *CADOT* (1889), le professeur DUCROCQ affirme : « *La doctrine du conseil*

juridiction aux ministres, sans toutefois admettre qu'ils fussent les juges ordinaires de la juridiction administrative. C'est en ce sens que MACAREL, CORMENIN, FOUCART, LAFERRIÈRE et DUFOUR (dans la première édition de son traité seulement) reconnurent la compétence de droit commun au profit des conseils de préfecture. Seuls CHAUVEAU & SERRIGNY défendirent l'idée inverse dans les années 1840, à laquelle BOULATIGNIER apporta sa consécration en 1851. C'est-à-dire celle d'après laquelle les ministres fussent les juges de droit commun du contentieux administratif.

⁵¹⁹ Cf. BOULATIGNIER Sébastien-Joseph, « Rapport sur le livre quatrième de la loi sur l'administration intérieure. Livre IV. – Des conseils de préfecture », in *Moniteur universel* 1851 (1^{er} février), n° 32, suppl. D, p. xi. (Assemblée nationale, séance du 31 janvier 1851).

⁵²⁰ En témoigne l'avocat aux Conseils Adrien HALLAYS-DABOT : « *Nous rappellerons que [la juridiction ministérielle] trouve, ainsi que tous les tribunaux administratifs, sa justification : – 1° dans le principe de la séparation des pouvoirs qui interdit à l'autorité judiciaire de s'immiscer dans l'appréciation des actes de l'administration et d'y faire obstacle ; – 2° dans cette règle absolue de notre droit français qui veut que toute liquidation de créance contre l'État appartienne, au premier degré, à l'administration, sauf le cas où, par des motifs d'un autre ordre, il serait dérogé à la règle, comme en matière d'expropriation ; – 3° dans la nécessité d'assurer, promptement et sans entraves, les services publics en temps de paix et en temps de guerre* » (c'est nous qui soulignons) (LEBON Félix & HALLAYS-DABOT Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 40 ; année 1870), p. 648 ; note introduite sous l'arrêt *Compagnie générale transatlantique* (C.E., 25 mai 1870)).

d'État juge ordinaire des deux degrés de juridiction est le contraire d'un progrès »⁵²¹. Car elle prive les justiciables d'un double degré de juridiction pour un nombre conséquent de litiges. Le principe de la séparation de l'administration active de la juridiction administrative nous apparaît, de nos jours, comme un progrès incontestable du droit administratif⁵²². Si bien que ce qui en précède la consécration nous semble appartenir à une préhistoire du droit administratif, assez peu digne d'attention. À rebours de ce sentiment qui biaise notre regard sur l'histoire du droit administratif, il est nécessaire de se faire une certaine idée des motifs d'après lesquels nombre d'administrativistes se sont longtemps refusés à abandonner la juridiction ministérielle. Le même auteur nous l'indique : « *L'attribution de la qualité de juge ordinaire du premier degré est (...) refusée par la loi aux conseils de préfecture, mais avec eux les deux degrés de juridiction seraient conservés. La disparition du ministre juge au profit des conseils de préfecture, peut être considéré comme un progrès* »⁵²³. Cette espèce de juridiction fut appréhendée comme la moins mauvaise des alternatives, entre des conseils de préfecture dont l'organisation était critiquée et le Conseil d'État. Or, précisément, les controverses sur la juridiction ministérielle ont été concomitantes d'autres débats, relatifs à l'organisation de la juridiction administrative – ceci sur les deux décennies 1860-1870. À cette occasion les pouvoirs juridictionnels des ministres furent questionnés – notamment ceux employés pour l'exécution des marchés de fournitures.

274. En butte à de vives critiques, c'est par un double biais que la juridiction administrative fut débattue : par celui de la juridiction ministérielle et par celui des conseils de préfecture⁵²⁴. Or, ce furent surtout les marchés de l'administration qui

⁵²¹ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, op. cit. (7^e éd.), t. 2 (1897), p. 182. Le fait que nous enseignons aujourd'hui l'arrêt *CADOT* comme un arrêt fondateur du droit administratif – par lequel le Conseil d'État a consacré la séparation entre l'administration active et la juridiction administrative –, à rebours d'une confusion vicieuse, nous conduit à omettre ce qu'il y a de brutal dans son argumentation allusive et dans les alternatives qu'il a condamnées. La critique qu'en fait DUCROCQ est loin d'être injustifiée et l'arrêt *CADOT* fut ressenti par plusieurs comme un coup d'État jurisprudentiel. « *Nous la regrettons, parce qu'elle n'a pas de base légale ; parce que ces arrêts ne contiennent qu'une affirmation, sans preuve, par le conseil d'État, de sa propre compétence, sur des points où ses prédécesseurs et lui-même ne l'avaient jamais admise auparavant ; parce que ces arrêts attirent au conseil d'État, au moment même où il souffre de l'encombrement des affaires contentieuses, des litiges, qui ne lui auraient peut-être pas été déferés en appel ; parce que, sous le prétexte contestable d'une plus grande rapidité d'expédition, ils enlèvent aux justiciables la triple garantie d'un premier degré de juridiction, sans frais, et auquel l'ancienne jurisprudence ne faisait courir aucun danger de fin de non-recevoir résultant de l'application de délais préfixes* » (ibid.).

⁵²² Cela étant dit, le Conseil d'État suscite aujourd'hui peu de réactions lorsqu'il se reconnaît des prérogatives qui le font agir comme un juge-administrateur. Cf. en ce sens deux articles critiques du professeur TOUZEIL-DIVINA : « Maîtrise ou "masterisation" du temps et des effets contentieux » (in J.C.P. A. 2012, p. 2254) & « Progression de la répression disciplinaire du plagiat de la recherche : un plaidoyer contre le retour programmé du juge-administrateur » (in GUGLIELMI Gilles-J. & KOUBI Geneviève (dir.), *Le plagiat de la recherche scientifique*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 163).

⁵²³ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, op. cit. (7^e éd.), t. 2 (1897), p. 182.

⁵²⁴ Adrien HALLAYS-DABOT le rapporte explicitement : « *Les attaques, que nous voyons se reproduire périodiquement après chaque grande commotion politique, s'adressent surtout aux tribunaux administratifs et aux*

prêtèrent un appui décisif aux dénonciations élevées à l'encontre de la juridiction administrative. Avec le recul de plusieurs années, c'est l'opinion de SAINT-GIRONS :

En réalité, la juridiction civile ne s'applique pas aux contrats qui rendent l'État débiteur, mais seulement aux contrats passés par les autres personnes administratives, sauf exception pour les marchés de travaux publics. C'est surtout à propos de ces diverses affaires que la juridiction administrative a été accusée de commettre des empiètements sur la juridiction civile et de priver les particuliers de toute garantie pour leurs droits. Sur la plupart de ces questions, des controverses ont existé ou existent encore⁵²⁵.

Certes, cet emploi affecta surtout la juridiction ministérielle, mais comme nous nous en justifions dans les lignes qui suivent, il est impossible d'appréhender ces controverses sans les associer à celles qui frappèrent les conseils de préfecture⁵²⁶. Ces derniers furent longtemps considérés comme une alternative à la juridiction ministérielle⁵²⁷, susceptible d'éviter de faire du Conseil d'État un juge du premier et du dernier ressort. Plusieurs auteurs défendirent celle-ci, non pas tant par pure adhésion que par leur aversion pour une organisation qui réduirait substantiellement le double degré de juridiction⁵²⁸.

fonctionnaires qui font acte de juridiction. Il était naturel que la compétence des ministres au contentieux n'échappât pas à ces attaques : car elle offre un exemple saillant des inconvénients qui ont été souvent signalés » (LEBON Félix & HALLAYS-DABOT Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 40 ; année 1870), p. 646 ; note introduite sous l'arrêt *Compagnie générale transatlantique* (C.E., 25 mai 1870)).

⁵²⁵ SAINT-GIRONS Antoine, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, Larose, 1881, p. 513.

⁵²⁶ Cf. sur ce sujet l'ouvrage dirigé par le professeur GOJOSSE : *Les conseils de préfecture (an VIII – 1953)* (Poitiers, Université de Poitiers, 2005). Nous signalons également les articles de Jacques LÉGER : « L'histoire des conseils de préfecture » (*in Rev. adm.* 1999 (n° spécial 3), p. 106) et de Bernard EVEN : « Des conseils de préfecture aux tribunaux administratifs » (*in R.F.D.A.* 2004, p. 475). En outre, cet ouvrage du professeur PACTEAU ajoute quelques éléments éclairants : *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle* (op. cit., 2003).

⁵²⁷ Cette thèse fut plusieurs fois envisagée : – En 1846, par la commission instituée par le ministre de l'intérieur DUCHÂTEL et présidée par le duc de BROGLIE, à l'effet de soumettre un rapport sur la réorganisation des conseils de préfecture (une telle entreprise a été différée jusqu'à l'adoption d'une loi sur le Conseil d'État, intervenue peu avant, en 1845). – En 1848, avec le projet de la constitution de 1848 (cf. le rapport sur le projet de constitution d'Armand MARRAST : *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale [constituante] : exposés des motifs et projets de lois présentés par le gouvernement ; rapports de MM. les représentants*, Paris, Imprimerie de l'Assemblée nationale, 1849-1850 (11 vol.), t. 3 (1850), p. 600 ; séance du 30 août 1848). Cela dit les discussions qui se sont tenues devant l'assemblée constituante revinrent sur l'idée d'ériger les conseils de préfecture en juridiction administrative ordinaire de premier ressort (cf. les séances du 14 octobre & 20 octobre 1848 : *id.*, t. 4 (1850), p. 869 et 1023). – En 1851, au sein même du Conseil d'État qui s'affairait à la préparation de la loi sur l'administration intérieure. VIVIEN y apporta sa caution (*Études administratives*, op. cit. (2^e éd.), t. 1 (1852), p. 149 sq.). En 1865 – à l'occasion des débats précédant la loi du 21 juin 1865 sur la procédure à suivre devant les conseils de préfecture, à l'instigation du député Jérôme DAVID (cf. les séances des 24 et 26 mai 1865 devant le Corps législatif : *Annales du Sénat et du Corps législatif : suivies d'une table alphabétique et analytique*, Paris, Administration du Moniteur universel, 1862-1871 (88 vol.), t. 5 (de l'année 1865), p. 178 et p. 209). Sébastien-Joseph BOULATIGNIER, alors commissaire du gouvernement devant le Corps législatif, réfuta catégoriquement cette option.

⁵²⁸ Ce fut le cas de AUCOC (1^{re} éd. de ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1869), DUCROCQ (4^e éd. de son *Cours de droit administratif*, 1874) ou encore BATBIE (4^e éd. de son *Précis de droit public et administratif*, 1875). Albert LAVALLEE écrit au sujet de Léon AUCOC : « Un maître a contribué plus que

Section 3. – L’oblitération de la singularité des marchés de fournitures de l’État consécutive à l’abandon de la juridiction ministérielle

275. Ce n’est pas un hasard si – à partir des années 1860 – les marchés de fournitures de l’État ont été attraités aux critiques dirigées contre la juridiction ministérielle. La nature de ce contentieux était propre à souligner ce que cette dernière avait d’inique (**paragraphe 1**). L’abandon effectif de cette juridiction ne fut pas sans conséquences sur la manière de concevoir ces contrats. Jusqu’alors, ces derniers se singularisaient des contrats du code civil par une intimité avec l’administration ministérielle, rappelant à cet égard qu’ils participaient à proprement parler de l’action administrative (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Les marchés de fournitures pris dans les critiques adressées à la juridiction ministérielle

276. **Les marchés de fournitures mobilisés à une critique de la juridiction ministérielle dans les années 1860-1870.** – Les développements précédents doivent nous permettre de réaliser que si les marchés de fournitures furent employés à dénoncer, sinon à restreindre la juridiction ministérielle, les résistances doctrinales opposées à sa suppression participent de considérations qui n’ont rien de rétrogrades. Les motifs qui les sous-tendent reflètent des préoccupations tout aussi favorables aux justiciables que peuvent l’être celles avancées par les partisans de la suppression de la juridiction ministérielle. Mésinterpréter les opinions des uns ou des autres, c’est s’interdire de bien comprendre quelle portée argumentative fut prêtée aux marchés de l’administration. Et, subséquent, d’apprécier les répercussions qu’ont eues ces controverses sur la manière de les concevoir. Sous la plume des opposants catégoriques à la juridiction ministérielle, l’exemple tiré des marchés a été comme un expédient rhétorique à l’aide duquel la juridiction ministérielle pût être présentée sous son aspect le plus choquant. Pour ceux qui s’efforcèrent seulement à en restreindre le champ, leur exemple a été employé pour ôter à cette juridiction ce qu’elle avait de plus inique. C’est-à-dire qu’ils ont promu un aménagement auquel la jurisprudence pouvait se livrer sans outrer les textes, étant sous-entendu que – suivant les tenants de cette doctrine – la négation de la juridiction ministérielle n’appartenait qu’au

personne à restreindre les applications de la règle du ministre-juge, (...) s’est refusé cependant à admettre que la juridiction ordinaire des ministres pût ainsi disparaître par un simple changement de jurisprudence. Tant que cette réforme ne sera pas faite par une loi, la jurisprudence est tenue, à ses yeux, à plus de circonspection, et tant que la loi n’aura pas donné aux justiciables des facilités égales à celles dont ils jouissent actuellement devant les ministres, il voit d’ailleurs à ce changement plus d’inconvénients que d’avantages. Sur ce point, la dissidence est complète entre M. AUCOC et M. LAFERRIÈRE » (« La question du juge ordinaire en matière administrative, à propos du projet de loi sur les conseils de préfecture », in R.G.A. 1887, III, p. 258).

législateur tant elle révolutionnait les fondements de la juridiction administrative⁵²⁹. Cette différence entre les deux thèses permet de mieux situer les ressorts doctrinaux qui influèrent sur la conception de ces marchés.

277. L'un des premiers à se prévaloir des marchés de fournitures pour condamner la juridiction ministérielle⁵³⁰ fut l'avocat BOUCHENÉ-LEFER, suspendu du Conseil d'État depuis le coup d'État de 1851⁵³¹.

⁵²⁹ Cf. à cet égard la critique que Léon AUCOC adresse à Édouard LAFERRIÈRE lorsque celui-ci fit paraître le premier tome de son traité : « Du juge ordinaire en matière de contentieux administratif » (*in Gazette des tribunaux* 1886 (24 décembre), n° 18534, p. 1225). Certes, il admet avec l'opinion majoritaire de l'époque que la théorie du ministre juge est vicieuse : « Cette doctrine avait le grave inconvénient théorique de fausser les idées sur la constitution de la juridiction administrative. Elle multipliait outre mesure les cas dans lesquels, à côté de Tribunaux régulièrement organisés comme les conseils de préfecture et le Conseil d'État, sans parler de la Cour des comptes, des juridictions universitaires, des conseils de révision pour le recrutement de l'armée, le pouvoir de juger était encore maintenu à des agents administratifs. Elle donnait aux adversaires de la juridiction administrative le droit de dire que, dans un grand nombre de cas, l'administration était juge et partie » (*ibid.*). Pourtant, il se récrie contre la doctrine que s'approprie Édouard LAFERRIÈRE et qui fait du Conseil d'État le juge ordinaire du contentieux administratif : « Quel est le fondement, quels sont les avantages et les inconvénients de cette nouvelle doctrine ? Nous ne croyons pas que les textes imposent une solution dans ce sens. La tradition contraire, établie depuis de si longues années, suffit, ce nous semble, pour le prouver. Est-elle de nature à donner plus de garanties aux droits des justiciables ? A priori, nous inclinons à en douter. La doctrine que nous avons soutenue a été établie à une époque où la jurisprudence du Conseil d'État a fait de remarquables progrès à ce point de vue. (...) On soutient cependant que la nouvelle jurisprudence aurait cet avantage de simplifier et de rendre plus rapide le jugement des procès. Nous ne pouvons dissimuler que, à notre avis, cet avantage serait acheté au prix d'inconvénients très graves et que la situation des justiciables, loin d'être améliorée, nous paraîtrait compromise dans beaucoup de cas. (...) À notre sens, il y a là une très grave innovation. Appartient-il à la jurisprudence de modifier la situation des justiciables, de créer des déchéances, d'imposer des frais de justice ? Nous ne croyons pas pouvoir l'admettre. Une loi seule pourrait le faire en prenant les ménagements nécessaires. (...) On comprendra que nous ayons attaché d'autant plus d'importance à combattre une innovation qui nous paraît, contrairement à l'intention de ceux qui la soutiennent, enlever aux justiciables des facilités et des garanties pour la défense de leurs droits » (*ibid.*).

⁵³⁰ Celle-ci s'était déjà attirée des critiques, comme celles de personnalités aussi différentes que MACAREL (*Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, Roret, 1828, p. 141 sq.) et ODILON-BARROT (« Cette juridiction est-elle conforme aux principes constitutionnels ? on a souvent démontré que non ; car la responsabilité des Ministres, consacrée par la Charte, n'est pas compatible avec le pouvoir de juger. Ajoutons qu'en statuant en premier ressort sur les matières de marchés et fournitures, ils ont l'avantage de juger dans leur propre cause, puisque la plupart du temps ils sont parties dans ces marchés. (...) Les administrés cherchent souvent des juges là où ils ne trouvent que des administrateurs, et lorsque c'est d'un administrateur que l'on a besoin, on le trouve tout préoccupé du jugement des affaires privées, tandis que les intérêts généraux de la société réclameraient tous ses soins, toute sa sollicitude. Nous devons signaler cette incohérence dans les fonctions de l'administration, sans y ajouter d'autres réflexions, persuadés que nous sommes, qu'une loi nouvelle viendra un jour rétablir l'harmonie et la régularité au milieu de cette diversité d'attributions aussi antipathiques, et séparer définitivement le pouvoir de juridiction du simple commandement et de l'administrative active, confondus dans un seul fonctionnaire », *in Journal des conseillers municipaux*... 1833-1834, I, p. 375). Au demeurant, il faut lire avec précaution les administrativistes, car selon qu'ils publient un ouvrage didactique ou qu'ils écrivent un article dans un périodique juridique ou une revue savante, ils voilent ou dévoilent leurs opinions personnelles. Lorsque le doyen CABANTOUS, dans ses *Répétitions écrites sur le droit administratif* justifie les fondements la juridiction ministérielle, c'est parce que les textes lui semblent l'indiquer (cf. la quatrième édition (1867) où il critique l'article de BOUCHENÉ-LEFER condamnant la théorie de l'administrateur-juge, p. 296-298). Toutefois, il la réprouve personnellement. Quoiqu'il indique discrètement son opinion dans ses *Répétitions écrites* en parlant d'« anomalies » (cf. la première édition (1854), p. 6), c'est surtout dans un mémoire adressé à l'Académie de législation de Toulouse qu'il la développe : « La confusion entre l'action administrative et l'exercice de la juridiction contentieuse, lors même qu'elle n'existe que partiellement comme aujourd'hui, compromet, aux yeux des administrés, l'autorité du droit et la dignité de la justice, en fournissant un prétexte spécieux au reproche si souvent articulé contre l'administration d'être à la fois juge et partie dans ses

C'est surtout à l'occasion de ce qui se passe relativement à la liquidation, et au jugement des droits et des prétentions respectifs, nés de la conclusion et de l'exécution des marchés soit de fournitures, soit de travaux publics, et même pour généraliser davantage, relativement à la *liquidation* et à la *constatation des créances de ou contre l'État*, qu'il est plus facile et plus *expédient* d'examiner si les décisions prises par les ministres dans les affaires appelées, prématurément, contentieuses, c'est-à-dire, pour être plus exact, dans les affaires *susceptibles de devenir contentieuses*, sont ou non de véritables *jugements*⁵³².

En insistant sur les contradictions auxquelles donne lieu la distribution des contentieux contractuels – depuis le Conseil d'État jusqu'au juge judiciaire –, BOUCHENÉ-LEFER rapproche les contrats de l'administration dont il fait la comparaison : certains seraient soumis en premier ressort à un administrateur-juge, tandis que les autres le seraient à un juge – administratif ou judiciaire.

[Les lois et ordonnances relatives à cette matière] n'ont entendu conférer aux ministres aucune *juridiction* proprement dite. Elles n'ont rien statué sur le *jugement des contestations*. Elles n'ont pas dépouillé les conseils de préfecture du droit de prononcer *en premier ressort* sur les difficultés relatives aux travaux publics ; elles n'ont pas pu davantage dépouiller le conseil d'État du droit, dont il était investi [par le décret du 11 juin 1806], de connaître directement, c'est-à-dire *en premier ressort*, des contestations relatives aux fournitures, ou services publics.

Elles n'ont pas pu intercaler ici (à quel propos et à quel titre ?) la juridiction ministérielle, et repousser sur un second plan la juridiction du conseil d'État. Elles n'auraient pu le faire et ne l'auraient pas fait en effet, sans repousser en même temps à un degré secondaire la juridiction des conseils de préfecture, celle même des tribunaux, là où les conseils de

débats avec les citoyens. (...) [Cette cause] *permanent[e]* d'infériorité scientifique du droit administratif par rapport au droit civil disparaît[rait], dès qu'aucun administrateur ne serait plus admis à prendre part au jugement du contentieux. Il suffirait, à cet effet, (...) d'édicter trois dispositions nouvelles : (...) [dont l'une] investirait directement le Conseil-d'État des réclamations dont, d'après le droit en vigueur, les ministres doivent être saisis en premier ressort » (« Des conditions essentielles pour l'existence et le développement du droit administratif », in *Académie de législation de Toulouse* 1857, VI, p. 222). Pour montrer la retenue dont les auteurs font montre, nous pouvons citer Léon AUCOC qui, en développant ses idées sur la question, les entourent de mises en garde révélatrices : « Je vous ai annoncé qu'il y a des agents de l'administration, organes de l'administration active, qui ont le caractère de juger, qui exercent une juridiction contentieuse. (...) Mais je dois vous prévenir, conformément à l'habitude que j'ai prise de ne pas vous donner des opinions qui me seraient personnelles comme des doctrines incontestées, que je ne suis pas d'accord avec la plupart des auteurs. Je ne suis pas seul à mon avis. Mais nous ne sommes qu'un petit nombre de partisans de la thèse qui me paraît la vraie » (*Résumé des conférences sur le droit administratif* (1865-1866), s. l., s. n., autographié, p. 126). Nous pouvons encore citer le professeur rennais MARIE qui se refuse à la controverse, tout en manifestant furtivement la doctrine à laquelle il adhère : « *Conviendrait-il de supprimer la juridiction des ministres ? Peut-être, mais c'est là une question d'un autre ordre* » ; c'est-à-dire d'un ordre différent de celui auquel doit appartenir un ouvrage universitaire de vulgarisation (*Éléments de droit administratif...*, *op. cit.* (1890), p. 73). Ces exemples sont loin d'être isolés. Ils illustrent ce faisant que les administrativistes ne furent pas – pas tous du moins – des légistes habiles à légitimer la puissance publique, mais que selon le lectorat auquel ils se sont adressés, ils s'octroient une liberté de ton plus ou moins grande. Souvent destinés aux praticiens ou aux étudiants, les ouvrages visent surtout à saisir le droit positif, éventuellement en polémique sur la manière de l'interpréter, plutôt qu'à en proposer des réformes. Ce genre de considérations se trouve davantage développé dans les articles publiés dans des revues savantes.

⁵³¹ Au sujet d'Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENÉ-LEFER (1796-1872), voir les notices biographiques qui lui sont consacrées dans le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004) et dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015).

⁵³² BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, « De la justice administrative », in *R.P.D.F.* 1863, XV, p. 355.

préfecture et les tribunaux sont compétents, car ces lois ne font aucune distinction, quant au mode de liquidation entre les créances pour travaux publics, pour fournitures, ou pour toute autre cause. En un mot, elles n'ont pu, contrairement à l'*institution* du conseil d'État, comme à l'esprit de la loi de pluviôse an VIII, contrairement à l'intention clairement formulée par le règlement de nivôse an VIII, rétablir la confusion entre l'*autorité* et la *juridiction* administrative⁵³³.

Ce faisant il bat en brèche ce principe général qui confère aux ministres la liquidation des dettes de l'État – attributions qualifiées de contentieuses –, mais qui pour être général, subit tant de dérogations que les marchés de l'administration paraissent se distinguer les uns les autres par des différences incohérentes : les marchés de travaux publics ressortissent aux conseils de préfecture, tandis que les marchés de fournitures des départements et des communes ressortissent aux juridictions judiciaires. En insistant sur les marchés de l'État, qu'ils s'agissent de fournitures ou de travaux publics, il porte l'accent sur les contradictions à laquelle conduit cette disparité. Dans les premiers, les ministres apparaissent comme juges de première instance, et comme parties en dernier ressort devant le Conseil d'État ; tandis qu'ils comparaissent uniquement comme parties dans les marchés de travaux publics.

Si donc les ministres sont admis à attaquer devant le conseil d'État les arrêtés des conseils de préfecture qui ont jugé contrairement à leurs propres décisions en matière de travaux publics ou d'indemnités réclamées pour dommages résultant de travaux publics, ainsi qu'à défendre directement devant le conseil d'État leurs décisions en matière de fournitures, c'est qu'ils ont statué comme *parties*, non comme juges⁵³⁴.

De même fait-il voir l'incohérence à analyser la liquidation des marchés de travaux publics comme des actes de gestion, justiciables à cet égard des conseils de préfecture ; et celle des marchés de fournitures, comme des actes juridictionnels justiciables en appel du Conseil d'État.

Reconnaissons donc ce qui est vrai, c'est que la liquidation et les résolutions qui la constituent ne sont que des opérations administratives et des actes de gestion, précédant ou suivant le jugement des contestations qui peuvent naître, et le plus souvent ne donnant lieu à aucune contestation, partant à aucun jugement ; qui, par conséquent, n'ont pas le caractère d'un acte juridique⁵³⁵.

278. D'une critique de la juridiction ministérielle au rapprochement des marchés de fournitures près des contrats privés. – La critique de la juridiction ministérielle s'est articulée à une certaine appréhension des marchés de l'administration, qui pour n'être pas novatrice fut inédite par l'infléchissement qu'elle permit d'accuser. La

⁵³³ *Id.*, p. 366-367. Il poursuit : « À chacun son rôle : aux ministres, l'action, le droit de gestion, la défense des intérêts de l'État, aux tribunaux judiciaires ou aux tribunaux administratifs (les conseils de préfecture, le conseil d'État et les autres corps ou juridictions spéciales), la solution des difficultés controversées entre les prétendant droit et l'État (ou les autres personnes publiques) » (*id.*, p. 367).

⁵³⁴ *Id.*, p. 378.

⁵³⁵ *Id.*, p. 379.

définition des contrats de l'administration communément admise par la doctrine administrative a largement influé sur ces controverses. Car au lieu d'être conçus comme un vecteur de l'action administrative à laquelle ils empruntent les caractères, ils le sont comme des actes strictement contractuels. En se récriant contre l'iniquité par laquelle les ministres sont juges et parties dans le contentieux des fournitures, BOUCHENÉ-LEFER expose de surcroît les contrariétés qu'il y a à appliquer un régime contentieux différent de celui des marchés de travaux publics. Ne s'agirait-il pas *in fine* de marchés de l'administration, que seul l'objet distingue ? En plus de sanctionner un ordre de justice présenté comme étant incompréhensible, cet état des choses ne reposerait sur aucune espèce de rationalité. Elle incline à appliquer aux marchés de l'État des régimes divergents, suivant qu'il s'agisse des marchés de fournitures ou des marchés de travaux publics. Si ces différences trouvaient un sens lorsque les marchés de fournitures étaient conçus comme un mode spécifique d'administration, celles-ci n'en ont plus aucun dès lors que ces marchés sont vus comme des actes contractuels, dont leur nature ne diffère en rien des autres contrats de l'administration. Concomitamment, ces débats doctrinaux et les inflexions jurisprudentielles qui s'ensuivirent renforcèrent cette appréhension donnée aux contrats de l'administration. Non seulement en lui donnant crédit, mais encore en l'attelant à une certaine représentation de la juridiction administrative de laquelle elle est solidaire. Il n'est guère étonnant que BOUCHENÉ-LEFER mobilise les marchés de l'administration pour suggérer l'application de la règle des dépens en procédure administrative⁵³⁶ – et qui seront effectivement introduits dans les contentieux contractuels, *via* le décret du 2 novembre 1864 :

Ainsi, lorsque qu'une disposition formelle [l'article 42 de la loi organique du 3 mars 1849], abrogée depuis [par le décret organique du 25 janvier 1852], permettait de prononcer, dans certains cas, des dépens contre l'État aussi bien que contre un particulier ou une commune, les ministres succombant étaient-ils condamnés aux dépens, c'est-à-dire l'État en leur personne⁵³⁷.

En usant de cette représentation par laquelle l'État contractant fût une personne civile, BOUCHENÉ-LEFER parvient à promouvoir une thèse – relativement à la question des dépens – dont le succès, quelques temps plus tard, ne s'explique pas tant par le progrès que par la synergie de représentations doctrinales. Cet exemple témoigne de la force avec laquelle s'est diffusée parmi les administrativistes l'idée suivant quoi les marchés de l'administration sont des actes contractuels identiques aux contrats de droit privé – sauf les règles désignant leur juge compétent et quelques exceptions concernant leurs régimes juridiques.

⁵³⁶ Cf. à ce propos les § 266 et 267.

⁵³⁷ *Id.*, p. 378.

279. Cela explique l'audience rencontrée par les critiques dirigées contre la juridiction ministérielle. Les administrativistes, contemporains de cette époque ou la précédant, n'ont jamais manqué de remarquer que les ministres, en certaines hypothèses, sont juges et parties. Toutefois les motifs qui les ont fait adhérer à la juridiction ministérielle ont perdu leur signification dont ils avaient été jusqu'alors investis. Principalement parce que les marchés de l'administration ont cessé d'être conçus par rapport à une action administrative placée sous la direction de ministres responsables devant le parlement⁵³⁸. Ainsi les critiques affectant la juridiction ministérielle ont été plus vivement ressenties qu'auparavant, particulièrement parce que les marchés de fournitures ont été présentés sous un aspect différent. BOUCHENÉ-LEFER n'est pas le seul à jouer de cette représentation des choses pour réprover la juridiction ministérielle. Peu avant, un ancien membre du Conseil d'État lui aussi révoqué et également devenu avocat – Émile REVERCHON –, suggérait également d'ôter aux ministres le contentieux des fournitures. S'il dénia aux décisions ministérielles leur caractère d'acte juridictionnel, il se distingua de BOUCHENÉ-LEFER en préférant les conseils de préfecture, de sorte qu'un double degré de juridiction fût conservé⁵³⁹. À

⁵³⁸ Le professeur COTELLE fut un fervent partisan de la juridiction ministérielle. Il la présentait comme une conséquence de la responsabilité ministérielle. « *La séparation profonde et radicale que l'assemblée constituante a établie entre l'administration et les tribunaux, a pour effet d'empêcher ceux-ci de s'immiscer, sous aucun prétexte, dans la connaissance des opérations administratives et de les troubler en aucune manière. Il faut que la puissance publique exécutive, qui est préposée à l'intérêt général, se meuve librement dans sa sphère, sous la garantie de la responsabilité devant la presse libre et la discussion des chambres. En matière administrative, et en premier ressort, le juge à titre primitif et universel, c'est chaque ministre dans les affaires qui dépendent de son département* » (*Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1835), p. 126). Quelques années plus tard, alors que l'opinion majoritaire penche pour attribuer la juridiction ordinaire aux conseils de préfecture, le professeur toulousain CHAUVEAU soutient la même doctrine que COTELLE, par le développement des mêmes principes. « *Le pouvoir exécutif, en tant que l'on considère son action sur les individus, n'est pas représenté par le roi. Le roi est le chef du pouvoir exécutif, mais la responsabilité fait reposer l'action réelle de ce pouvoir sur la tête des ministres. C'est donc aux ministres à diriger l'action administrative, à répondre de sa régularité, et à donner satisfaction à ceux qui croient avoir à se plaindre de cette action. (...) Dans un gouvernement constitutionnel, (...) les ministres doivent prendre la responsabilité de tous les actes qui rentrent dans l'exercice du pouvoir exécutif. (...) Plus la responsabilité ministérielle sur laquelle repose tout le jeu de la machine représentative, est importante, plus elle sert à démontrer que les ministres ont, par la nature même des fonctions qu'ils exercent dans l'État, la plénitude de la juridiction administrative* » (*Principes de compétence et de juridiction administratives*, op. cit., t. 3 (1844), p. 816-817). Ces propos ont été publiés sous la Monarchie de Juillet, où la responsabilité ministérielle était admise sans conteste. Il ne varia pas d'opinion sous le Second Empire où pourtant cette responsabilité avait disparu au profit d'une responsabilité individuelle exclusivement engagée envers l'empereur. Il inséra dans son journal une franche opposition à la thèse de BOUCHENÉ-LEFER et envisagea même d'en faire la réfutation dans une seconde édition de ses *Principes* – sans toutefois donner suite à ce projet, vraisemblablement par la mort qui le saisit cinq ans plus tard (*Journal du droit administratif* 1863, p. 239-240 ; cf. en outre la réponse de BOUCHENÉ-LEFER à cet article succinct : *Journal du droit administratif* 1863, p. 287-288).

⁵³⁹ « *La compétence des Conseils de préfecture nous paraîtrait devoir être étendue aux marchés de fournitures passés par les ministres de la guerre et de la marine. (...) Les plus vulgaires inspirations de toute justice répugnent à l'idée d'un ministre statuant comme juge du premier degré et sans être tenu d'observer aucune forme, sur les contestations auxquelles le fournisseur avec lequel il a traité, l'exécution d'un marché qu'il a souscrit au nom de l'État. Cette étrange anomalie a depuis longtemps cessé d'exister dans les marchés de travaux publics, non-seulement en ce qui concerne les travaux des ponts-et-chaussées, mais aussi en ce qui concerne les travaux des bâtiments civils, des cultes, etc. Elle n'existe pas non plus dans les marchés que passe le ministre de la guerre pour les travaux des fortifications ou des bâtiments militaires ; il n'y aurait pour l'État lui-même que*

cet égard, les réformes dont les conseils de préfecture furent sujets dans les années 1860 l'y poussèrent. Mais quelles que soient les divergences qui opposèrent celui-ci à BOUCHENÉ-LEFER sur ce point, tous deux convergèrent dans leur condamnation de la juridiction ministérielle ; et tous deux y tendirent en se prévalant – tout particulièrement – de cette conception nouvellement admise des marchés de l'administration. Ils y parvinrent en renversant l'ordre des représentations, pour faire ressentir l'iniquité attachée à cette juridiction. Autrement dit, ils employèrent une conception des marchés qui n'indiquait plus en quoi les actes pris pour leur exécution et les différends y afférents, participaient d'une même idée. Ces marchés n'étaient plus appréhendés comme autrefois, par le truchement de cet aphorisme suivant lequel « juger l'administration, c'est encore administrer », inclinant à analyser les marchés comme un mode externalisé de l'action administrative.

Jusqu'à ce qu'une contestation s'élève, les décisions signifiées par les ministres, comme les résolutions prises par les particuliers, ne sont que des prétentions respectives ou des refus d'acquiescement ou d'adhésion susceptibles de donner naissance au contentieux, mais qui ne sont pas contentieuses⁵⁴⁰.

280. Une conception des marchés de fournitures entérinée par des réformateurs du Conseil d'État. – En promouvant la même doctrine intransigeante, c'est-à-dire la suppression de la juridiction ministérielle au profit du Conseil d'État, Alexandre QUENTIN-BAUCHART⁵⁴¹ (premier président de la section du contentieux du Conseil

des avantages à la supprimer quant aux marchés de fournitures proprement dits. (...) Aucun des motifs qui sont invoqués au nom des administrations intéressées, pour justifier l'état des choses actuel, ne résistera à l'examen, et notamment à l'argument que fournit la comparaison de cet état de choses avec le régime établi pour les autres marchés » (REVERCHON Émile, « De la publicité des audiences des conseils de préfecture et de ses conséquences », in *Le Droit* 1863 (25 février), n° 47). Il réitère cette opinion lorsqu'en 1865 l'organisation des conseils de préfecture fut mise en débat (« Observations sur le projet de loi relatif aux conseils de préfecture », in *Le Droit* 1865 (3-4 avril), n° 78). Si ailleurs il argumente en faveur de la juridiction ministérielle, c'est que le droit positif le lui semble l'indiquer. Il n'en soutient pas pour autant le bien-fondé : « *La juridiction ministérielle en matière contentieuse constitue[-t-elle] un état de choses absolument satisfaisant ? nous sommes loin de le penser, et nous croyons qu'il y a des circonstances dans lesquelles la compétence des conseils de préfecture pourrait être avantageusement substituée par le législateur à celle des ministres. Mais c'est là une thèse législative, et nous n'avons pas à l'aborder ici* » (Note sous l'arrêt BOULINGRE (C.E., 17 janvier 1867), in *Dalloz* 1867. 3. 89). En répondant à cette proposition émise par REVERCHON, BOUCHENÉ-LEFER estime plutôt que « *la vraie considération à peser dans l'attribution de juridiction n'est pas d'en multiplier les degrés autant que possible, mais, d'une part, de ne pas multiplier les instances, et, d'une autre part, de placer la justice près du justiciable* ». Car la compétence du Conseil d'État pour les contestations relatives aux marchés de fournitures de l'État ne résulte point d'une « *défiance contre la juridiction des conseils de préfecture* ». « *Nous croyons en apercevoir un motif plus plausible. L'obligation et le pouvoir de contracter des marchés de travaux publics et surtout l'exécution de ces marchés et de ces travaux se localisent plus que la conclusion et l'exécution d'un marché de fournitures, destiné le plus souvent à pourvoir aux besoins de l'armée ou de la flotte, soit au-dedans, soit au dehors du pays. Ce marché, s'appliquant en général à toute la France, et chaque conseil de préfecture n'ayant de juridiction que dans l'étendue de son département, on conçoit qu'on ait préféré dans l'intérêt de tous le recours à l'autorité juridique centrale. On évite par là la diversité des solutions qui pourraient intervenir, si le réclamant était obligé de scinder son action, et de faire autant de procès qu'il y a de départements compris dans son marché* » (« De la justice administrative », in *R.P.D.F.* 1863, XV, p. 379-380).

⁵⁴⁰ BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, « De la justice administrative », in *R.P.D.F.* 1863, XV, p. 377.

⁵⁴¹ Au sujet d'Alexandre QUENTIN-BAUCHART (1809-1887), voir les notices que lui consacrent le

d'État jusqu'en 1867⁵⁴²) s'attache à des arguments similaires à ceux de BOUCHENÉ-LEFER.

Les matières les plus importantes comprises dans la gestion confiée aux ministres sont sans contredit les travaux publics et les fournitures faites à l'État. Le règlement des comptes donne nécessairement carrière à de nombreuses réclamations de la part des entrepreneurs. Les ministres prononcent sur ces réclamations. Est-ce comme juges ? La réponse, pour les travaux publics, est dans la loi du 28 pluviôse an VIII. La décision des ministres ne vaut que comme déclaration, comme manifestation des prétentions de l'État, et le juge, si un litige s'engage, est le conseil de préfecture. Le droit des ministres est-il différent en ce qui concerne les fournitures ? Quelle raison acceptable pourrait-on en donner ? Qu'il s'agisse d'un règlement de travaux ou d'une liquidation de fournitures, la question n'est-elle pas la même ?⁵⁴³

Il insiste encore sur les répercussions financières que génère cette juridiction où l'une des parties est juge de sa propre cause. Cet argument n'est pas original : il fut régulièrement avancé depuis le premier XIX^e siècle. Du reste il ne manque pas de saisir un peu plus les consciences.

Qui pourrait n'être pas frappé de la portée morale et politique de la solution qui refuse aux ministres le droit de juridiction ? On ne dirait plus que les ministres sont juges dans leur propre cause, que les particuliers qui ont des intérêts à débattre avec l'État sont sacrifiés d'avance, on n'éloignerait plus, avec cet épouvantail, les entrepreneurs les plus honnêtes et les plus solvables. Est-ce un médiocre résultat que l'honneur de l'État vengé et la fortune publique sauvegardée ?⁵⁴⁴

En somme, les marchés de fournitures sont largement mobilisés pour démontrer les confusions induites par la juridiction ministérielle. Par cela même, les auteurs évoqués entérinent une certaine conception des contrats de l'administration en même temps qu'ils l'amplifient. Les arguments qu'ils emploient contre la juridiction ministérielle familiarisent incidemment les administrativistes à cette idée que les marchés de fournitures sont des actes contractuels comme les autres. Car tel que leur exemple est convoqué, il tend précisément à souligner ceux de leurs aspects qui les apparentent à des contrats privés.

- 281.** Dès le milieu des années 1860, certaines de ces critiques pénétrèrent jusqu'au sein du Conseil d'État. Nous en trouvons parfois témoignage certaines des conclusions qui

Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État (2004) et le *Dictionnaire de droit public interne* dirigé par le professeur TOUZEIL-DIVINA (à paraître).

⁵⁴² Il tint un rôle prépondérant dans l'adoption du décret du 2 novembre 1864, relatif à la procédure devant le Conseil d'État en matière contentieuse (qui institutionnalise notamment le recours pour excès de pouvoir) et de la loi du 21 juin 1865, concernant le mode de procéder devant les conseils de préfecture.

⁵⁴³ QUENTIN-BAUCHART Alexandre, « Étude sur la juridiction administrative. Son utilité. – Son organisation. – Son avenir », in *R.C.L.J.* 1870, XXXVII, p. 143.

⁵⁴⁴ *Id.*, p. 145.

nous sont connues. Ainsi en est-il de celles du commissaire du gouvernement BELBEUF :

Aujourd'hui, la doctrine de la juridiction ministérielle, en ce qui touche le contentieux des marchés de fournitures, est abandonnée par la plupart des maîtres de la science. On admet généralement que les décisions des ministres en pareille matière ne constituent que de simples actes de gestion, ayant, il est vrai, force exécutoire, mais ne pouvant être assimilés à de véritables actes de juridiction. Comme preuve, on fait remarquer que certains actes de gestion ne font pas obstacle à ce que les parties portent, suivant les cas, leurs réclamations, soit devant les tribunaux civils, soit devant les conseils de préfecture. De même, ajoute-t-on, en matière de fournitures, il ne saurait résulter du renvoi devant la juridiction administrative supérieure que les ministres soient au premier degré les juges de la contestation. En un mot, la décision des ministres n'est considérée que comme l'énoncé de la prétention de la partie adverse⁵⁴⁵.

Il est difficile d'admettre avec BELBEUF que « *la plupart des maîtres de la science* » ont admis l'abandon de la juridiction ministérielle en matière de fournitures. Émile REVERCHON le fait justement remarquer : il n'y a à ce propos aucune « *dissidence* » et « *jusqu'à ces derniers temps, nul ne paraissait douter que les ministres, lorsqu'ils statuent sur des litiges du contentieux administratif, notamment sur les réclamations d'un fournisseur, (...) ne statuent comme juges et ne fassent un acte de juridiction* »⁵⁴⁶. Et de citer à l'appui de son assertion MACAREL, CORMENIN, CABANTOUS, DUCROCQ, SERRIGNY, CHAUVEAU, BATBIE, FOUCART. Et lui-même d'admettre qu'il n'y a que BOUCHENÉ-LEFER pour défendre explicitement l'opinion contraire⁵⁴⁷. En 1865, SERRIGNY qui cherche moins à légitimer la juridiction ministérielle en matière de fournitures qu'à en rechercher les fondements, admet – peut-être avec quelques réticences – que « *la jurisprudence du*

⁵⁴⁵ GODART DE BELBEUF Pierre-Claude-Raoul, Conclusions prononcées sous l'arrêt BOULINGRE (C.E., 17 janvier 1867), in LEBON Félix & HALLAYS-DABOT Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 37 ; année 1867), p. 75.

⁵⁴⁶ REVERCHON Émile, Note sous l'arrêt BOULINGRE (C.E., 17 janvier 1867), in *Dalloz* 1867. 3. 89.

⁵⁴⁷ Le professeur caennais TROLLEY passe pour avoir contesté, non pas la juridiction ministérielle en tant que telle, mais l'idée qu'elle fût de droit commun au sein de l'ordre administratif. « *Il ne faut pas croire que les conseils de préfecture aient, comme tribunaux de première instance, la plénitude de la juridiction administrative. (...) Dans l'absence d'une délégation spéciale, c'est le conseil d'État qui est compétent. (...) D'ailleurs quel est en droit le juge du contentieux administratif ? Le chef du pouvoir exécutif. Pourquoi ? Parce que la justice administrative, qui n'est que l'administration elle-même, est retenue ; mais l'administration appartient au chef de l'État, et les autorités administratives, agents ou tribunaux, ne l'exercent que par délégation* » (*Cours de droit administratif...*, op. cit., t. 5 (1854), p. 76-77). D'une manière non moins univoque, il écrivait dix ans auparavant : « *Les ministres sont aussi mais par exception, juges du contentieux administratif. La loi sépare et distingue profondément depuis l'an VIII, l'action et le contentieux administratif. Aux agents l'action, et aux tribunaux administratifs le contentieux. (...) Serait-il donc vrai que les ministres statuent toujours comme administrateurs et jamais comme juges ? Non sans doute ; il nous faudra reconnaître que, dans certaines matières exceptionnelles, leurs décisions ont tous les caractères et produisent tous les effets des jugements. Mais alors pourquoi donc sont-ils restés juges en dépit de la règle générale ? Pourquoi cette confusion ? (...) On ne savait trop, et, à vrai dire, on ne s'en inquiéta pas [de savoir si dans un certain nombre d'affaires, les ministres se prononçaient comme administrateurs ou comme juges]. À un titre ou un autre, les ministres devaient statuer, et l'on pouvait attaquer leurs décisions devant le conseil d'État. Mais bientôt les difficultés se présentèrent, et la jurisprudence qui a formé le droit administratif successivement et par couches, détermina quels étaient les effets des décisions rendues par les ministres, et il se trouva qu'ils étaient juges* » (*id.*, t. 1 (1844), p. 204-205).

conseil d'état est incontestable sur ce point»⁵⁴⁸. Quoi qu'il en soit, le commissaire du gouvernement BELBEUF nous paraît accuser des idées dont il est difficile de dire si elles lui sont personnelles. Lui-même se garde de reconnaître ce qu'elles ont d'originales en soi.

Cette divergence d'opinion est purement doctrinale. Peu importe, en effet, qu'il existe ou qu'il n'existe pas de juge du premier degré ; peu importe que le ministre ait prononcé comme juge ou comme administrateur : ce qui importe, quand la décision du ministre a été prise contrairement à la prétention du fournisseur, c'est que celui-ci ait un juge. Quel sera donc, soit qu'il statue par voie de recours contre une décision juridictionnelle, soit qu'il prononce directement sur la réclamation de la partie, quel sera le juge suprême de la contestation ?⁵⁴⁹

Ce qui importe de noter à cet égard, c'est qu'il assimile un point de vue déjà emprunté par BOUCHENÉ-LEFER, et auquel AUCOC donna plus tard un large écho tout en l'employant à une thèse moins subversive que celle de ce dernier : la restriction de la juridiction ministérielle, plutôt que sa négation.

282. Le contentieux des marchés de fournitures redéfini à travers les controverses touchant la juridiction ministérielle.

– Nous avons exposé dans quelle mesure la thèse de BOUCHENÉ-LEFER a tiré parti de l'assimilation des marchés de fournitures à des actes contractuels. En recadrant la juridiction administrative autour d'une séparation stricte d'avec l'administration active, aucun de ses propos n'incline à désolidariser le contentieux contractuel de l'administration du contentieux administratif. En distinguant entre les actes de gestion et les actes d'autorité, AUCOC explicite une dichotomie tendancielle portée par les contempteurs de la juridiction ministérielle. Certes, avant lui, certains administrativistes comme CABANTOUS, BATBIE ou DUCROCQ l'avaient employée à définir le contentieux administratif, ce pour cantonner le contentieux contractuel à ses marges – comme un appendice artificiel aménagé par la Loi. Ceux-ci rapportaient le *contentieux administratif par nature* aux *actes d'autorité* – plus spécialement les *actes administratifs* proprement dits, c'est-à-dire les actes d'autorité *spéciaux* et *individuels*. Quoi qu'il en soit, l'audience qu'a reçue la doctrine d'AUCOC, a consacré cette représentation des choses en l'inscrivant dans les controverses relatives à la juridiction ministérielle. Il a pour ainsi dire conféré à cette distinction un surcroît d'autorité doctrinale en montrant une fonctionnalité qui n'a pas été mise en valeur par les universitaires précités. Cette nuance nous paraît importante dans la mesure où la génération postérieure à AUCOC en développa plus encore les ressorts pour nier catégoriquement l'appartenance du contentieux contractuel au contentieux administratif. Si donc celui-ci n'est pas le premier à

⁵⁴⁸ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence...*, op. cit. (2^e éd.), t. 3 (1865), p. 209.

⁵⁴⁹ GODART DE BELBEUF Pierre-Claude-Raoul, Conclusions prononcées sous l'arrêt BOULINGRE (C.E., 17 janvier 1867), in LEBON Félix & HALLAYS-DABOT Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 37 ; année 1867), p. 75.

distinguer entre les actes de gestion et les actes d'autorité, il en développe plus que tout autres les conséquences théoriques. Ceci parce qu'au lieu de l'utiliser dans la seule définition du contentieux administratif, il la déploie dans le cadre d'une controverse doctrinale. En l'occurrence pour réfuter la thèse de BOUCHENÉ-LEFER en circonscrivant la juridiction ministérielle à certains actes d'autorité.

283. Les actes d'autorité, qu'il appelle encore « *actes de commandement* », sont des injonctions, des autorisations ou des interdictions⁵⁵⁰. Quant aux seconds :

Les actes de gestion sont des actes qui établissent la situation respective d'une personne publique, État, département, commune et d'un particulier, qui se trouve en rapports juridiques avec cette personne publique. Et quand, par exemple, le ministre, le préfet ou le maire décident qu'un particulier doit à l'État, au département, à la commune telle somme et réciproquement, ils font un acte analogue à celui d'un particulier envers son débiteur, particulier comme lui⁵⁵¹.

Certes, il oppose les actes d'autorité et les actes de gestion d'une part, les actes de juridiction d'autre part. Pourtant, c'est aux actes de gestion qu'il s'attache le plus, comme les plus idoines pour exposer sa thèse.

Or voici où se place la controverse. (...) Selon nous, il n'y a acte de juridiction que de la part de l'autorité qui prononce sur la réclamation dirigée contre le commandement ou contre l'acte de gestion, parce que c'est devant elle seulement qu'il y a deux parties en présence.

Au contraire, la plupart des auteurs distinguent. Pour les actes de gestion qui donnent lieu à réclamation devant l'autorité judiciaire, ils admettent le système que nous avons exposé. Ils l'admettent encore pour les actes de gestion qui donnent lieu à réclamation devant le conseil de préfecture. (...)

Mais pour les actes de gestion qui donnent lieu à un recours devant le Conseil d'État, ils y voient un acte de juridiction. Ainsi quand un ministre décide qu'un fournisseur, qui n'a pas exécuté son marché, devra payer, conformément au marché, une certaine somme à titre de dommages-intérêts, ou que son cautionnement sera retenu au profit de l'État, ils voient dans cet acte du représentant de l'État, c'est-à-dire de l'adversaire de l'entrepreneur, un jugement. Ils voient aussi un jugement dans l'acte par lequel le ministre refuse de payer une somme à un créancier de l'État, pourvu que la créance soit de celles sur lesquelles le Conseil d'État est appelé à prononcer⁵⁵².

En somme, cette distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion lui permet d'argumenter en faveur d'une juridiction ministérielle pour les actes d'autorité pris par des agents placés sous le contrôle des ministres.

On dit habituellement que ce sont les ministres qui sont les juges ordinaires en matière de contentieux administratif. Mais il faudrait ajouter

⁵⁵⁰ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1869), p. 460. Toutefois il enseigne cette doctrine dès le début de ses enseignements à l'École des ponts-et-chaussées en 1865. En témoigne son *Résumé des conférences sur le droit administratif* (1866, autographié).

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Id.*, p. 462-463.

que l'Empereur en Conseil d'État est le juge ordinaire lorsqu'il s'agit des décisions rendues par les ministres et par lui-même, et que de plus il est juge ordinaire d'appel, toutes les fois qu'il s'agit d'une décision rendue par une juridiction administrative proprement dite⁵⁵³.

Cette façon d'analyser les actes de l'administration a si bien pénétré la doctrine administrative que, malgré une jurisprudence du Conseil d'État pas toujours régulière, le commissaire du gouvernement GOMEL pouvait s'exclamer en 1881 : « *Le Conseil d'État [a] depuis une vingtaine d'années, une tendance marquée à considérer les décisions ministérielles [en matière de marchés de fournitures et pensions] comme des actes d'administration* » au lieu de les analyser comme des actes de juridiction⁵⁵⁴. Certes, sous l'influence décisive d'Édouard LAFERRIÈRE la juridiction ministérielle fut totalement abandonnée à la fin de la même décennie. Il est cependant remarquable que les marchés de fournitures aient été parmi les contentieux d'avant-garde par lesquels cette juridiction cessa de faire l'unanimité. Cela montre avec quelle intensité la conception de ces marchés assise depuis les années 1850, pénétra la doctrine administrative jusqu'à la jurisprudence du Conseil d'État.

284. L'exacerbation d'une inflexion doctrinale par les universitaires d'une nouvelle génération. – Si la doctrine universitaire ne réceptionna véritablement cette controverse qu'à partir des années 1870⁵⁵⁵, il ne faut pas en inférer pour autant qu'elle y fût jusqu'alors indifférente⁵⁵⁶. Nous ne saurions trop citer le doyen CABANTOUS

⁵⁵³ *Id.*, p. 356-357.

⁵⁵⁴ GOMEL Charles-Samson, Conclusions prononcées sous l'arrêt BOUGARD (C.E., 24 juin 1881), in HALLAYS-DABOT Adrien & PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 51 ; année 1881), p. 651.

⁵⁵⁵ Le professeur aixois GAUTIER indique que la restriction de la juridiction ministérielle est à mettre au crédit de certains membres influents du Conseil d'État : « *Si les doctrines nouvelles [s'y rapportant] fussent émanés d'un simple théoricien, elles n'auraient été certainement accueillies qu'avec la plus grande indifférence, mais heureusement elles empruntaient leur autorité à la situation éminente qu'avaient occupée leurs auteurs au sein du Conseil d'État* ». Et de citer BOUCHENÉ-LEFER, AUCOC & QUENTIN-BAUCHART (« Examen doctrinal de la jurisprudence administrative », in R.C.L.J. 1882, XLVIII, p. 2). Dans les années 1850, VIVIEN ne paraît pas non plus consentir à conserver cette juridiction ministérielle dans toute son étendue (*Études administratives*, op. cit. (2^e éd.), t. 1 (1852), p. 155 sq.).

⁵⁵⁶ Ces prises de parole ne signifient pas que cette opinion fut tardivement et lentement réceptionnée par une doctrine universitaire trop attachée à des préoccupations exégétiques. Henri ROZY, professeur de droit administratif à la faculté de Toulouse, l'indique suffisamment lorsqu'il adresse à l'Académie de Toulouse un mémoire où il y fait la revue critique d'un ouvrage de l'avocat Gustave BAZILLE (*Étude sur la juridiction administrative à l'occasion de la loi du 21 juin 1865*, 1867) : « *Dans le sein de notre Académie, les partisans de la suppression totale des juridictions administratives ne sont peut-être pas nombreux. Mais, au moins plus d'une fois, elle a entendu l'émission de cette idée que, si les conseils de préfecture et le conseil d'État offraient de véritables garanties et pouvaient être conservés, la confusion des pouvoirs de juge et d'administrateur, dans les mêmes mains, était désavouée par les principes rationnels de la science politique et administrative* » (« Les juridictions administratives », in *Académie de législation de Toulouse* 1869, XVIII, p. 349-350). Et celui-ci de citer notamment un article (précité) du doyen CABANTOUS. En d'autres termes, ce sont moins par leurs enseignements que par leur fréquentation des sociétés savantes que les administrativistes ont discuté de cette question en exposant leurs opinions personnelles.

qui, dans les années 1850, s'insurgeait contre une juridiction ministérielle dangereuse pour l'accréditation du droit administratif auprès des autres sciences juridiques :

Il faut que les ministres et les préfets, cessent d'avoir les nombreuses attributions contentieuses que leur confère l'état actuel de la législation. C'est là incontestablement une grave réforme, mais sans laquelle les progrès du droit administratif seraient tôt ou tard arrêtés. (...)

La confusion entre l'action administrative et l'exercice de la juridiction contentieuse, lors même qu'elle n'existe que partiellement comme aujourd'hui, compromet, aux yeux des administrés, l'autorité du droit et la dignité de la justice, en fournissant un prétexte spécieux au reproche si souvent articulé contre l'administration d'être à la fois juge et partie dans ses débats avec les citoyens⁵⁵⁷.

L'ordre dans lequel se positionnent les administrativistes sur ce sujet a peu d'importance, d'autant qu'il est rythmé par la publication des ouvrages et la succession des éditions. Il faut cependant remarquer que la plupart des ralliements se font au profit de la doctrine d'AUCOC. Celle de BOUCHENÉ-LEFER, soutenue avec éclat par QUENTIN-BAUCHART, est plus souvent écartée comme excessive. Il faut y voir par là une réticence à reconfigurer une juridiction administrative centrée sur le Conseil d'État. Tel le cas de DUCROCQ qui se rallie à AUCOC en lui rendant hommage en 1874 :

On y gagne de ne plus voir l'État juge et partie dans la personne du ministre ; on y gagne aussi, tout en diminuant les cas dans lesquels les ministres font fonction de juges, de restreindre la dérogation à la règle, suivant nous salubre, de l'an VIII (...) qui sépare en principe l'action de la juridiction administrative⁵⁵⁸.

BATBIE le suivit de peu. S'il condamna la doctrine de BOUCHENÉ-LEFER dès le début des années 1860⁵⁵⁹, c'est pourtant en 1876 qu'il se rallia à l'opinion d'AUCOC⁵⁶⁰. Cela ne l'empêche pas de soutenir en 1885 – nonobstant les évolutions jurisprudentielles s'y rapportant – que les marchés de fournitures relèvent de la compétence des ministres en premier ressort⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ CABANTOUS Louis, « Des conditions essentielles pour l'existence et le développement du droit administratif », in *Académie de législation de Toulouse* 1857, VI, p. 221-222.

⁵⁵⁸ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (4^e éd.), t. 1 (1874), p. 319-320. Nous devons préciser que DUCROCQ se particularise de AUCOC en ceci : si celui-ci considère que les ministres sont juges des actes d'autorité pris par les agents inférieurs, celui-là considère qu'en cette situation, les ministres agissent plutôt comme administrateurs, lorsqu'ils « *connaissent des actes non contentieux de leurs subordonnés* » et que « *la décision à intervenir ne change pas plus de caractère et de nature par l'effet du recours hiérarchique, en passant du troisième au second degré de la hiérarchie administrative, que lorsque le recours s'adresse d'abord à l'auteur de l'acte lui-même mieux informé* ». Ainsi admet-il la juridiction ministérielle toutes les fois qu'un texte investit un ministre d'une attribution contentieuse, encore qu'il appelle de ses vœux un texte qui la leur ôterait définitivement (*id.*, t. 1 (1874), p. 320-321).

⁵⁵⁹ Cf. son *Précis du cours de droit public et administratif professé à la faculté de droit de Paris* (Paris, Cotillon, 1864 (2^e éd.), p. 593) & son *Traité théorique et pratique de droit public et administratif* (*op. cit.* (1^{re} éd.), t. 7 (1868), p. 432).

⁵⁶⁰ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Précis du cours de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, 1876 (4^e éd.), p. 159.

⁵⁶¹ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 7

285. Avec les thèses favorables à la suppression de la juridiction ministérielle, ses promoteurs ont souhaité conférer au Conseil d'État les attributions de juge ordinaire du premier ressort. Elle fut généralement portée par des professeurs issus de la génération suivante, nommés dans les années 1870. Tel le professeur Jules BRÉMOND, premier titulaire de la chaire de droit administratif à la faculté de droit de Montpellier (1880), tout juste recrée après sa suppression en 1793⁵⁶². Ou encore le professeur aixois Alfred GAUTIER, successeur du doyen CABANTOUS à partir de 1872⁵⁶³. Injustement oubliés, ces auteurs sont aujourd'hui comme des satellites qui gravitent autour du traité d'Édouard LAFERRIÈRE qui, après les prises de position de BOUCHENÉ-LEFER depuis décédé (1872), incarna cette doctrine au succès de laquelle il contribua décisivement. Sans dévaloriser la portée du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, il faut voir qu'il intervient – en 1887 – dans une controverse longtemps mûrie ; qu'il est précédé par de grands noms dont l'éclat ne subit en rien l'ombrage du sien ; que ses arguments sont assez peu inédits, si ce n'est qu'il parvient – en qualité de président du Conseil d'État – à faire triompher une doctrine pourtant décriée pour le rôle qu'elle confère au Conseil d'État et l'importance qu'elle suppose à la jurisprudence⁵⁶⁴. « *C'est avec raison que le droit administratif moderne tend à se dégager d'une formule purement métaphorique, contraire à la réalité des choses, et qui trouble toute théorie raisonnée de la juridiction administrative* »⁵⁶⁵. DUCROCQ est parfois signalé comme ayant milité pour l'abandon de la juridiction ministérielle. Il le fit effectivement, mais non pour admettre le Conseil d'État comme juge de droit commun⁵⁶⁶. Suivront la doctrine de LAFERRIÈRE des auteurs de la génération

(1885), p. 249.

⁵⁶² BRÉMOND Jules-Xavier, « De la juridiction des ministres », in *R.C.L.J.* 1886, LII, p. 261 & du même auteur son *Traité théorique et pratique de la compétence administrative* (Paris, Larose, 1894, p. 70, spéc. n° 885).

⁵⁶³ GAUTIER Alfred, « Examen doctrinal de la jurisprudence administrative », in *R.C.L.J.* 1882, XLVIII, p. 1 & du même auteur son *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires* (Paris, Lahure, 1880, p. 194-195).

⁵⁶⁴ D'ailleurs, QUENTIN-BAUCHART – sous le Second Empire – avait déjà appelé à ce revirement de jurisprudence : « *Quand on songe qu'il suffirait d'une simple manifestation de la jurisprudence du conseil d'État pour renverser une tradition funeste, fondée sur une longue suite de malentendus, comment un corps si éclairé, si haut placé, ne se hâterait-il pas, dans son indépendance, d'enlever aux ennemis de la justice administrative dont il est l'organe le plus élevé, l'arme avec laquelle ils lui font peut-être le plus de mal* » (« Étude sur la juridiction administrative. Son utilité. – Son organisation. – Son avenir », in *R.C.L.J.* 1870, XXXVII, p. 145).

⁵⁶⁵ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 405.

⁵⁶⁶ Dès la parution du traité d'Édouard LAFERRIÈRE, Théophile DUCROCQ dément son attachement à la doctrine de LAFERRIÈRE qui s'était attaché son autorité doctrinale pour soutenir sa doctrine : « *M. LAFERRIÈRE refuse [aux ministres] la qualité de juges ordinaires et de droit commun du contentieux administratif au premier degré de juridiction, pour l'attribuer, non aux conseils de préfecture, à qui elle est avec raison par lui refusée, mais au Conseil d'État lui-même. M. LAFERRIÈRE paraît nous supposer quelque disposition favorable pour ce système. Nous en avons toujours été et nous persistons toujours à en être très éloigné. Nous croyons que la suppression d'un degré de juridiction n'est ni un progrès, ni un supplément de garantie pour les justiciables ; que la loi n'eût pas été de trop pour consommer cette sorte de révolution* » (Recension du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1^{re} éd.) de LAFERRIÈRE, in *R.G.D.* 1887, XI, p. 465). Suite à la seconde édition du traité de LAFERRIÈRE qui maintient la corrélation entre sa doctrine et celle de DUCROCQ, celui-ci s'en désespère de nouveau : ce n'est « *pas sans quelque regret que nous avons constaté dans une seconde édition [du *Traité de la juridiction**

suivante du droit administratif : Maurice COLIN, professeur de droit administratif à la faculté d'Alger (1887)⁵⁶⁷ ; Jean APPLETON, chargé de cours à la faculté de Dijon (1893), puis comme professeur à la faculté de Lyon (1896)⁵⁶⁸ ; Maurice HAURIOU, professeur de droit administratif à la faculté de Toulouse (1888)⁵⁶⁹. Cela étant, l'argumentation d'Édouard LAFERRIÈRE use beaucoup moins de l'exemple tiré des marchés de fournitures. Car il n'est pas seulement question de saisir la juridiction ministérielle par ses aspects les plus contestables ; ni même de la restreindre à quelques-unes de ses parties. Au demeurant, la jurisprudence administrative avait consacré l'abandon de la juridiction ministérielle pour le contentieux des actes de gestion. Si bien que cet auteur porte son examen sur l'analyse des actes et de la fonction juridictionnels. « *Cette évolution de la doctrine correspond à une période de sérieuse investigation juridique dans le domaine du contentieux administratif* »⁵⁷⁰. Du reste, cette évolution ne doit pas être perçue aujourd'hui comme une avancée supplémentaire vers un progrès. La marginalisation, puis la suppression de la juridiction ministérielle derrière laquelle repose en fait l'administrateur-juge, procède d'une époque où le Conseil d'État – sous le Second Empire – reprit la préséance sur l'autorité ministérielle. Cette évolution se poursuivit sous la Troisième République pour des motifs analogues, quoique la juridiction du Conseil d'État eût changé de valeur avec la consécration de la justice déléguée (loi du 24 mai 1872).

- 286.** En somme, la distribution des compétences en matière contractuelle reposait sur des règles déduites de principes dont la raison d'être s'est perdue par l'effet des réformes successives. Nous pensons en particulier à celles afférentes à la juridiction administrative et la décentralisation – ou plutôt devrions-nous dire la déconcentration. Avec cela, l'assimilation des contrats des administrations (étatique, départementale et communale) aux actes de gestion a fait perdre de vue ce qui, autrefois, les différenciait entre eux. C'est dans cet esprit qu'un avocat estimait qu'à conserver cette distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, « *toutes les*

administrative...] le maintien du passage qui provoquait ces observations et qui est de nature à faire croire que nous avons admis l'opinion nouvelle que les ministres ne sont pas des juges et que le conseil d'État est le juge ordinaire du premier degré. Tous nos écrits sans exception, comme toutes nos leçons devant de nombreuses générations de licenciés et docteurs en droit, témoignent d'un sentiment contraire » (*Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (7^e éd.), t. 2 (1897), p. 162-163). Il ajoute plus loin : « *Tant que le texte désirable (...) qui transmettrait des ministres aux conseils de préfecture leurs attributions de juridiction, n'interviendra pas, nous continuerons à tenir pour certain, suivant l'opinion presque générale avant 1881, (...) que cette qualité a toujours appartenu et n'a jamais cessé d'appartenir aux ministres* » (*id.*, p. 179-180).

⁵⁶⁷ COLIN Maurice, *Cours élémentaire de droit administratif...*, *op. cit.* (1890), p. 146 *sq.*

⁵⁶⁸ APPLETON Jean, « La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative », *in* R.G.D. 1898, XXII, p. 140, 206 & 302.

⁵⁶⁹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 1892 (1^{re} éd.), p. 731 *sq.* Il fit paraître peu avant la publication de son précis un article (extrait de celui-ci) où il aborde ces mêmes questions : « L'administration et les actes d'administration » (*in* R.G.A. 1891, II, p. 428).

⁵⁷⁰ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 402.

contestations relatives aux travaux publics, aux marchés, aux domaines nationaux, [devaient être] restituées aux tribunaux ordinaires»⁵⁷¹ – à l'instar des lois prussiennes et autrichiennes adoptées dans les années 1870.

Nous pensons que ce système devrait être accueilli par les défenseurs les plus acharnés du pouvoir de l'administration ; car il représente le *minimum* des concessions à faire. En effet, on comprend à la rigueur que l'État, quand il agit en sa qualité d'État, veuille usurper des privilèges ; mais quand il négocie, trafique, se fait industriel ou commerçant, quel motif peut-il invoquer pour se réserver des juges d'exception, ou, en meilleurs termes, pour être son propre juge ?⁵⁷²

Dans sa thèse de doctorat, le futur professeur lyonnais René JACQUELIN, relevait – comme d'autres avant lui – l'apparence bizarre d'un contentieux contractuel entièrement lié au contentieux administratif par des dérogations multiples.

Dans l'état actuel de notre législation c'est en effet une erreur certaine et voulue, qui est pourtant bien répandue, que d'affirmer que les actes de gestion de l'administration sont en principe de la compétence judiciaire, seulement par exception de la compétence de la juridiction administrative ; car tous les contrats importants passés par l'administration relèvent au contraire de la connaissance des tribunaux administratifs⁵⁷³.

Aussi suggère-t-il de remettre aux tribunaux judiciaires « *les affaires dans lesquelles l'administration n'est pas en cause en qualité de puissance publique* », parmi lesquelles « *les affaires dans lesquelles elle ne figure dans l'instance qu'à titre de personne morale ayant accompli des actes de gestion : la vente domaniale, le marché de fournitures, le marché de travaux publics sont des actes contractuels qui doivent appartenir au contentieux des tribunaux civils* »⁵⁷⁴.

287. L'indifférence des praticiens spécialistes. – Il exista quelques résistances au recul même de la juridiction ministérielle. Celles-ci – pour autant que nous les ayons toutes aperçues – sont essentiellement le fait de praticiens. Ce n'est pas dire qu'ils se bornèrent à un pragmatisme de courte vue. Il s'agit d'avocats aux Conseils dont nous pouvons leur supposer une connaissance maîtrisée du droit administratif – jusques et y compris dans ses principes. C'est plutôt qu'ils appréhendèrent les critiques dirigés contre la juridiction ministérielle à l'aune des avantages que chacune des thèses en présence pouvaient procurer aux justiciables. En témoigne l'avocat aux Conseils

⁵⁷¹ DROZ A., « Des tribunaux administratifs. Critiques et réformes », in *La France judiciaire* 1877, §1, p. 88-89.

⁵⁷² *Id.*, p. 89.

⁵⁷³ JACQUELIN René, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Paris, Giard, 1891 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par JALABERT, professeur de droit constitutionnel), p. 423.

⁵⁷⁴ *Id.*, p. 473. Ailleurs, il s'en explique davantage quelques-années plus tard : « *Le but de l'acte ne peut pas en changer la nature ; c'est là un principe général pour ainsi dire inflexible. Que les contrats interviennent en vue de la gestion des services publics ou en vue de la gestion du domaine privé, peu importe, leur nature reste toujours la même ; ce sont des manifestations de patrimonialité ; encore que le langage administratif les ait qualifiés d'une dénomination spéciale, les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics ne sont rien autre chose que des achats d'objets mobiliers et des louages d'ouvrages* » (*Les principes dominants du contentieux administratif. Ouvrage spécialement destiné aux candidats aux doctorats*, Paris, Giard & Brière, 1899, p. 91-92).

Adrien HALLAYS-DABOT, corédacteur du *Recueil des arrêts du Conseil d'État* avec Félix LEBON :

L'État, objecte-t-on [à l'encontre de la juridiction ministérielle à propos des marchés de fournitures], se trouve ainsi juge et partie dans sa propre cause. Un particulier, qui a traité avec l'État ou qui a éprouvé un préjudice par le fait de ses agents, prétend avoir droit à 100,000 francs. Le ministre, représentant de l'État, décide qu'il n'est rien dû ou qu'il n'est dû qu'une somme moindre. Il décide également que l'État est créancier d'un fournisseur, d'un comptable, *etc.* : il fixe le chiffre de la créance. (...)

Est-ce là, comme on l'a soutenu, un simple acte de gestion, l'énoncé d'une prétention ?

La question est-elle dénuée d'intérêt à cause de la ressource toujours assurée du pourvoi au Conseil d'État ?

Sur ces deux points, nous n'hésitons pas à répondre négativement malgré les inconvénients que nous venons de rappeler, inconvénients inévitables puisqu'ils sont inhérents à la nature de ces dettes et créances.

Si la déclaration des ministres n'était qu'une prétention formulée, elle n'aurait pas les effets qu'on lui reconnaît généralement, le lien de droit, l'autorité de la chose jugée à défaut de recours exercé dans les délais, la force exécutoire, nonobstant le recours qui n'est pas suspensif, l'hypothèque sur les biens du débiteur⁵⁷⁵.

Cet auteur, plus loin dans le même volume, révèle assez bien qu'il envisage la définition des actes des ministres du point de vue des effets qui y sont attachés, plutôt qu'en l'articulant à la controverse sur la juridiction ministérielle.

Aujourd'hui que les juridictions administratives sont assez malmenées, il peut y avoir, même chez leurs partisans, une tendance involontaires à restreindre, ne fût-ce que par voie de considérations doctrinales, les pouvoirs juridictionnels des fonctionnaires. (...) Dans tous les cas, il nous paraît nécessaire de résister à cette tendance et de nous placer au-dessus des impressions du moment, lorsque nous cherchons à constater le caractère et les effets attribués à certains actes par les lois ou par la jurisprudence. Quand le ministre alloue ou refuse une somme réclamée par un tiers se disant créancier de l'État, quand il décide qu'un tiers est débiteur, sa décision, qui est immédiatement exécutoire, devient définitive à défaut de recours au Conseil d'État dans les trois mois de la notification, comme toutes les décisions des autorités qui y ressortissent. Peu importe que l'acte ne soit pas qualifié de jugement, qu'il ne soit pas rendu dans les mêmes formes, qu'il ne soit pas soumis aux mêmes errements de procédure. Ce n'en est pas moins par la voie de l'appel qu'il devra être déféré au Conseil d'État. (...) Il nous semble qu'on l'a toujours compris ainsi. (...)

Que [la théorie suivant laquelle la décision par laquelle le ministre statue en matière de fournitures est une prétention plutôt qu'un acte juridictionnel], développée par M. AUCOC, avec les précieuses ressources que lui fournissent toujours son savoir et sa dialectique, soit proclamée nettement par le Conseil d'État : nous l'accepterons volontiers. Mais nous verrons là une innovation aux précédents et aux principes reçus, tels qu'ils

⁵⁷⁵ HALLAYS-DABOT Adrien, Note sous l'arrêt *Compagnie générale transatlantique* (C.E., 25 mai 1870), in LEBON Félix & HALLAYS-DABOT Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 40 ; année 1870), p. 646-647.

nous paraissent ressortir de la jurisprudence et de la pratique administrative⁵⁷⁶.

Ce contre-éclairage appuie notre opinion suivant laquelle le contentieux des marchés de fournitures, en ayant été pris à partie dans les controverses sur la juridiction ministérielle, en a accusé les conséquences. Non pas tant à cause d'une évolution jurisprudentielle dont la doctrine administrative eût pris acte. Mais plutôt par la solidarité des deux questions. L'abandon de la juridiction ministérielle pour cette espèce de contentieux, a entériné une certaine conception des pouvoirs des ministres relativement à l'exécution des marchés de fournitures. Or, celle-ci fut avant tout envisagée pour renverser l'ordre de répartition des compétences au sein de la juridiction administrative. Autrement dit, les controverses sur la juridiction ministérielle furent un vecteur déterminant pour formaliser une nouvelle manière de concevoir ces marchés.

288. Cet exemple n'est pas unique en son genre. Nous retrouvons une approche similaire dans les ouvrages des avocats aux Conseils PÉRIER et PERRIQUET. Le premier – qui s'exprime, il est vrai, à une époque où la jurisprudence administrative était encore équivoque – élude la question comme sans incidence sur la pratique du contentieux des fournitures ; c'est-à-dire qu'il écarte toutes les corrélations qu'il pût y avoir avec les controverses sur la juridiction ministérielle.

Quoi qu'il en soit du caractère des décisions des ministres en matière de marchés, on doit dire que, dans la pratique, elles obtiennent les effets propres aux jugements⁵⁷⁷.

Le second, Eugène PERRIQUET, est plus catégorique dans son opinion : en se prévalant de l'expérience qu'il est en mesure de revendiquer comme avocat aux Conseils, il se désespère de la suppression du double degré de juridiction. Plus largement, il proteste contre ce qui paraît conduire à une diminution des garanties offertes aux justiciables.

Il y aurait méprise à lire, dans ce seul texte [le décret du 11 juin 1806], l'attribution aux ministres de la compétence en premier ressort. Il n'en a pas moins été généralement admis, jusque dans ces derniers temps, que les ministres étaient juges de premier ressort en matière de fournitures. (...)

Cependant l'opinion contraire est admise par la jurisprudence récente du Conseil d'État. (...)

Cette opinion compte pour peu de chose tous les textes antérieurs et postérieurs au décret du 11 juin 1806, qui ont tant de fois proclamé la compétence des ministres, pour statuer, pour décider, pour juger. Comment, d'ailleurs, peut-on dire que leurs décisions n'ont pas le caractère de jugements ? (...)

⁵⁷⁶ HALLAYS-DABOT Adrien, Note sous l'arrêt *Compagnies des chemins de fer du Nord, de l'Est, de Paris-Lyon-Méditerranée, d'Orléans, de l'Ouest et du Midi* (C.E., 13 juillet 1870), in LEBON Félix & HALLAYS-DABOT Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 40 ; année 1870), p. 889-890.

⁵⁷⁷ PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, Paris, Plon & C^{ie}, 1876, p. 65-66.

Passons condamnation, si la doctrine nouvelle offre aux justiciables des satisfactions qui lui aient été refusées par l'ancienne. Mais où voit-on rien de semblable ? N'est-ce pas précisément le contraire ? (...)

[Les] inconvénients résultant, pour l'équité et pour la juridiction administrative, de ce que le ministre serait juge et partie, (...) sont purement théoriques : la partie ne peut que perdre à la conversion d'un préalable judiciaire en préalable administratif : elle ne saurait gagner qu'à son organisation meilleure (...)

Le maintien de cette juridiction est, aux yeux des personnes qui ont vu fonctionner de près le Conseil d'État, une nécessité d'ordre public. Pour cette raison précisément, nous croyons que la suppression du double degré de juridiction en matière administrative, même restreinte à certaines matières, ne peut qu'être fâcheuse et présente un inconvénient auquel on n'a pas songé. (...)

Que les ministres soient ici juges ou administrateurs, l'examen préalable des contestations en matière de fournitures leur a été sagement attribué⁵⁷⁸.

Ces auteurs témoignent de préoccupations tout à fait différentes de ceux cités jusqu'à là. Elles sont moins doctrinales, dans le sens où leurs auteurs se désintéressent des controverses sur la juridiction ministérielle. Ils se soucient peu des préjugés que la juridiction administrative peut s'attirer en conservant une juridiction où les ministres seraient en première instance juge et partie. En techniciens du contentieux administratif, ils bornent leur horizon à la situation des justiciables. Peu soucieux de déterminer leur point de vue à partir d'une approche par trop théorique, ils n'ont pas été frappés des avantages que l'abandon de la juridiction ministérielle pût emporter pour les justiciables. Ce n'est pas qu'ils furent insensibles à l'impact symbolique de cette évolution. Seulement, ils ne s'en sont pas exagérés les effets, alors que l'essentiel de leurs critiques portèrent sur l'organisation même de la juridiction administrative. Pour dissiper une configuration inique, le retrait de l'administrateur-juge ne laisse de confronter les justiciables à une procédure somme toute similaire. Au lieu d'être sollicité comme juge, le ministre l'est comme administrateur. C'est d'ailleurs à cette aune que le professeur rennais ARTUR en fit la critique dans les premières années 1900.

Le Conseil d'État croit avoir rompu avec le système du ministre-juge ; il en a gardé la conséquence la plus funeste, la nécessité pour le plaideur de s'adresser au ministre et d'en obtenir une décision avant de pouvoir aborder le tribunal. De telle sorte qu'il ne sert presque à rien, à ce point de vue, d'avoir fait du Conseil d'État un tribunal de premier et dernier ressort tout ensemble : il n'en est pas (...) devenu plus accessible aux justiciables : ceux-ci sont, comme devant, obligés de s'adresser au ministre ni plus ou moins que s'il était juge. (...) Les gens du Palais, quand on en leur parle, n'y comprennent rien. (...) sur ce point spécial, ils ont raison. C'est, croyons-nous, par une inconséquence malheureuse que le Conseil d'État, tout en se proclamant juge de premier et dernier ressort, oblige les plaideurs à

⁵⁷⁸ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1884), p. 170-175.

provoquer et obtenir une décision du ministre, comme si celui-ci n'avait pas cessé d'être de premier degré⁵⁷⁹.

Cette appréciation des choses laisse voir que l'abandon de la juridiction ministérielle, entreprise par le Conseil d'État sans rien modifier au reste de la juridiction administrative, fut pour une large part destinée à mieux asseoir la légitimité de la justice administrative en parant à son vice le plus décrié. S'il ne s'agit pas de nier que cela emporta à terme de profondes évolutions dans la manière de se représenter les pouvoirs de l'administrateur vis-à-vis de son contractant, cette éviction du ministre de la sphère juridictionnelle fut – dans l'immédiat – de peu d'incidences pour les justiciables. D'où les réactions mesurées des praticiens, dont leur appréciation sur le droit administratif est naturellement déterminée par leurs fonctions.

Paragraphe 2. – Des attributions ministérielles appréhendées autrement : la reconnaissance des prérogatives exorbitantes du droit commun

289. Une évolution virtuellement subversive pour les marchés de fournitures. – Si l'exemple des marchés de fournitures a été relégué au second plan des controverses sur la juridiction ministérielle, il a été attiré aux critiques portées contre la juridiction administrative – entre les années 1870 et 1880 essentiellement⁵⁸⁰. Avec la substitution

⁵⁷⁹ ARTUR Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », in *R.D.P.* 1900, XIV, p. 280.

⁵⁸⁰ Lors de la discussion de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État, les marchés sont encore employés pour contester l'existence même d'un contentieux administratif. Le député RAUDOT rapporte devant l'Assemblée nationale l'opinion majoritairement admise au sein de la sous-commission relative à la justice administrative (rattachée à la commission de décentralisation) : la justice administrative y est en défaveur et sa suppression est réclamée. Pour s'en justifier devant ses pairs réunis en assemblée plénière, c'est le cas des marchés de l'administration qu'il emprunte : « *Toutes les fois que l'État, par exemple, traite avec un particulier pour un marché quelconque, l'affaire doit être portée devant les tribunaux administratifs. Or, quels sont ces tribunaux administratifs ? En première instance, il y a le conseil de préfecture. (...) Croyez-vous que [ces] juges (...) aient l'indépendance nécessaire ? S'ils avaient à prononcer sur des affaires entre deux particuliers, on pourrait dire qu'ils ont cette indépendance nécessaire ; mais ils jugent dans des affaires où l'État est intéressé : ils n'ont pas alors et ils ne peuvent pas avoir l'indépendance. Le conseil d'État est le juge d'appel de tous les conseils de préfecture. On nous dit que le conseil d'État est composé de gens éminents : je le reconnais pour la plupart. On ajoute qu'ils ont relativement un esprit d'indépendance remarquable : je le reconnais encore. Mais il n'en est pas moins vrai que, jusqu'à présent, le conseil d'État était composé de gens placés dans la main du Gouvernement, et que celui-ci pouvait chasser des conseillers d'État du jour au lendemain, s'ils rendaient des arrêts qui lui déplaisaient* » (*Annales de l'Assemblée nationale*, Paris, Wittersheim & C^{ie}, 1871-1876 (45 vol.), t. 7 (1872), p. 648 ; séance du 19 février 1872). Il revient encore sur ces conventions au cours de la même séance : « *Les citoyens français sont accoutumés à se dire qu'il ne faut pas avoir de procès avec l'État, qu'il est très-dangereux de braver, parce que c'est le pot de terre contre le pot de fer. Le citoyen français a le sentiment de son infériorité profonde vis-à-vis du Gouvernement, et le Gouvernement, de son côté, a le sentiment profond qu'il est en définitive le maître des traités qu'il passe avec les particuliers. Eh bien, c'est un état des choses, selon moi, intolérable. (...) Si vous aviez un pouvoir judiciaire véritable, vous auriez le droit de dire (...) : le Gouvernement a rendu une décision, ou il a passé un marché ; mais si le Gouvernement méconnaît mon droit ou la loi, la justice du pays aura le droit de dire souverainement : le*

d'une justice administrative *déléguée* à une justice administrative *retenue*, les juridictions administrative et judiciaire furent conçues comme les deux expressions d'un pouvoir juridictionnel parfaitement distinct des pouvoirs législatifs et exécutifs. Tandis qu'auparavant, ces deux justices étaient conçues comme une émanation du pouvoir exécutif, *via* la personne du Souverain. Par le truchement de réflexions récurrentes sur la séparation des pouvoirs⁵⁸¹, la juridiction administrative fut mise à la question⁵⁸², tout spécialement par des représentants de la magistrature judiciaire⁵⁸³. Soit que fut posée la question de l'unité du pouvoir judiciaire au profit de la juridiction judiciaire et par une assimilation de la juridiction administrative à celle-ci⁵⁸⁴ ; soit encore qu'il

Gouvernement a tort ! je le condamne. (...) C'est sous ce rapport que je ne voudrais point maintenir la justice administrative, qui n'est pas une justice » (id., p. 649). Cela étant, Léon GAMBETTA lui oppose à la même séance une réplique qui donne la mesure des arguments adverses : « Tout à l'heure, quand on vous dépeignait cette juridiction du conseil d'État, obligeant les entrepreneurs à venir suivre leurs procès et leurs controverses avec l'administration, à Paris même, on croyait trouver là une objection contre l'unité de juridiction administrative. Moi, j'y voyais, au contraire, une protection pour les entrepreneurs engagés dans les affaires avec l'État. (...) C'est l'éloignement du juge en matière administrative qui fait la garantie du plaideur ; c'est l'éloignement du tribunal qui fait l'autorité et (...) la véritable impartialité du juge. Et, à ce sujet, je dis qu'il n'est pas exact de prétendre que l'État est juge et partie dans les procès administratifs. Non, non, ce ne sont pas les agents qui sont engagés et qui ont contracté, ce ne sont pas ceux-là qui jugent. Loin de là, ce sont au contraire des hommes parfaitement indépendants de cette administration locale et particulière, ce sont les contrôleurs, les surveillants de l'administration générale du pays, qui en pleine connaissance de cause, avec une compétence qu'il est difficile de réaliser dans les autres sièges consacrés aux procès civils, jugent les débats entre les particuliers et l'État. Alors, je dis qu'à un double point de vue et l'atmosphère dans laquelle est placé le juge, et la compétence à laquelle ses études l'ont amené, il y a une double protection pour l'État, qui n'est pas un client ordinaire, qui n'est pas un simple particulier, dont aussi il faut se préoccuper, si vous ne voulez pas mettre l'État au greffe. L'État a bien, j'imagine, le droit, pour ne pas laisser entamer les services publics, pour ne pas laisser toucher ce qui est son pouvoir conservateur, son pouvoir administratif, son pouvoir supérieur, l'État, dis-je, a bien le droit de comparaître devant une juridiction spéciale : cette juridiction, c'est la juridiction du conseil d'État » (id., p. 651-652).

⁵⁸¹ L'Académie des sciences morales et politiques en atteste en ouvrant pour l'année 1878 un concours sur le sujet suivant : « De la séparation des pouvoirs dans le droit public français. Origine de cette règle politique, ses vicissitudes et ses développements, application qu'elle reçoit dans les divers États de l'Europe » (cf. AUCOC Léon, « Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1879, CXII, p. 198). De ce concours, deux des six mémoires furent publiés : celui d'Édouard FUZIER-HERMAN (*La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, 1880) & celui (précité) d'Antoine SAINT-GIRONS (*Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, 1881). Peu avant, E. DRAMARD – juge au tribunal civil de Béthune – publia un article confrontant ce sujet avec la juridiction administrative : « De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative » (in *R.P.D.F.* 1873, XXXV, p. 433).

⁵⁸² L'Académie de législation de Toulouse ouvrit pour l'année 1877 un concours sur le thème suivant : « Étude théorique et pratique sur le principe et le fonctionnement des juridictions administratives françaises » (cf. LOUBERS Henry, « Rapport sur les concours ordinaires de l'Académie de législation pour l'année 1877 », in *Académie de législation de Toulouse* 1877-1878, XXVI, p. xxxv). L'un des deux lauréats, Honoré PÉROUSSE, fit publier son mémoire : *Étude théorique et pratique sur le principe et le fonctionnement des juridictions administratives françaises* (Lyon, imprimerie de Waltener, 1886).

⁵⁸³ Cf. BIGOT Grégoire, « La critique de la justice administrative par les magistrats de l'ordre judiciaire au XIX^e siècle », in GAVEN Jean-Christophe & KRYNEN Jacques (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIX^e – XX^e siècle)*, Toulouse, Presses universitaires de l'université Toulouse 1 Capitole, 2012, p. 345.

⁵⁸⁴ Nous pouvons citer à cet égard plusieurs articles, émanant pour la plupart d'avocats ou de magistrats judiciaires. Dans l'ordre chronologique : Hyacinthe-Camille ODILON-BARROT (« De l'organisation judiciaire en France », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1871, XCV, 351 & 673 ; XCVI, 5 & 257 ; cet auteur revint cependant sur son opinion défavorable à la juridiction administrative, peu après sa nomination comme vice-président du Conseil d'État en 1872 (cf. AUCOC Léon, *Discours*

fut question de distraire de la juridiction administrative celles de ses compétences qui lui étaient artificiellement confiées par la Loi⁵⁸⁵. Les interrogations portées sur la définition d'un contentieux administratif y participent. Ainsi, Édouard FUZIER-HERMAN en dénonce le caractère composite, et partant l'irrationalité des contours :

[La définition du contentieux administratif] est peu précise, elle n'est surtout pas limitative ; mais à vouloir la perfectionner, on court le danger de la déformer. Aussi les auteurs les plus compétents, les plus distingués, n'arrivent-ils en cette matière à poser une règle qu'en l'entourant d'exceptions. (...) S'ils déclarent que l'État contractant est soumis comme toute personne civile à la juridiction ordinaire, ils sont obligés d'ouvrir de larges parenthèses où viennent prendre place les questions d'entreprise de travaux publics et la liquidation des dettes de l'État⁵⁸⁶.

C'est avec un certain désespoir que quelques auteurs relèvent ce qu'ont d'illusoire les contours esquissés à partir de l'opposition entre les actes d'autorité et les actes de gestion⁵⁸⁷. À propos des contrats de l'administration, Antoine SAINT-GIRONS relève l'enchevêtrement des principes avec les dérogations qui, en offrant peu de visibilité, se prêtent à des critiques récurrentes :

prononcé le 8 décembre 1875, lors de son accession à la présidence de la Société de législation comparée, in *Bulletin de la Société de législation comparée* 1876, V, p. 12)) ; Eugène POITOU (*La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Paris, Charpentier, 1869, p. 47 *sq.* & p. 296-297) ; Édouard FUZIER-HERMAN (« L'unité judiciaire et les juridictions administratives », in *R.P.D.F.* 1878, XLV, p. 353 & 1879, XLVI, p. 66 ; inachevé) ; Louis JOUSSERANDOT (*Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, Marescq aîné, 1878, p. 23 *sq.*) ; Georges PICOT (*La réforme judiciaire en France*, Paris, Hachette & C^{ie}, 1881, p. 220 *sq.*) ; Arthur DESJARDINS (*De la liberté politique dans l'État moderne*, Paris, Plon, Nourrit & C^{ie}, 1894, p. 103 *sq.*) & Jules COUMOUL (*Du pouvoir judiciaire : son rôle dans l'État, sa place dans la constitution : rapports du pouvoir judiciaire avec l'exécutif et le législatif, bases d'une organisation judiciaire nouvelle*, Paris, Larose, 1895 (1^{re} éd.) ; toutefois, cette édition est si peu accessible que c'est la seconde édition que nous avons consulté : *Traité du pouvoir judiciaire ; de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique*, Paris, Larose & Tenin, 1911, p. 90 *sq.*). Les esprits antipathiques avec la juridiction administrative trouvent une tribune particulière dans la *Revue catholique des institutions et du droit* : tels les articles d'Albert DESPLAGNES (« De la justice administrative et de la suppression des tribunaux administratifs », 1879 (1^{re} série), XIII, p. 396 & 1880, XIV, p. 19) ; Gustave THÉRY (« De la juridiction administrative », 1881 (1^{re} série), XVII, p. 8) ; ou encore Gaston PRIVAT (« De l'unité de juridiction ou de la suppression des tribunaux administratifs », 1894 (2^e série), XIII, p. 424 et 481 ; 1895, XIV, p. 3 et 97).

⁵⁸⁵ Cf. la thèse (précitée) de René JACQUELIN : *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel* (1891) ; ou bien encore son opuscule (précité) : *Les principes dominants du contentieux administratif* (1899).

⁵⁸⁶ FUZIER-HERMAN Édouard, *La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, Paris, Marescq aîné, 1880, p. 462-463.

⁵⁸⁷ Pour en donner une illustration emblématique, il nous suffit de citer l'ouvrage précité de Jules COUMOUL : « Les exceptions apportées par des lois positives à la règle d'après laquelle les attributions contentieuses du Conseil d'État seraient limitées aux seuls actes d'autorité, sont devenues si nombreuses et si compréhensives que loin de la confirmer, elles l'infirmant ; il est bien certain que si l'on exclut de la juridiction ordinaire les ventes domaniales, les marchés de fournitures, les créances contre l'État, les marchés de travaux publics et les dommages qu'entraîne leur exécution, etc., tous objets que des lois spéciales déferent aux tribunaux administratifs, le champ d'application de la règle posée comme générale, se trouvera bien restreint. (...) Mais, par surcroît, la jurisprudence est parvenue à faire entrer dans son domaine tous les actes de gestion publique, sous le prétexte que, dans leur exécution, « il entre de la puissance publique », et que l'administration ne saurait se dépouiller de cette puissance qui la pénètre, quelle que soit la qualité en laquelle elle agit. (...) Nous voilà déjà bien loin de la règle générale qui limite la compétence de la juridiction administrative, au contentieux de l'annulation, pour excès de pouvoir, des actes d'autorité » (*Traité du pouvoir judiciaire...*, *op. cit.* (1911), p. 111-113).

Si un acte est fait en vertu des lois qui ont organisé les services publics, c'est la compétence administrative qui s'applique. Au contraire, les tribunaux civils connaissent des contrats passés par l'administration en vue soit de la gestion des propriétés de l'État, soit d'un service public. Ce principe subit de nombreuses exceptions. Les tribunaux administratifs connaissent des marchés de travaux publics, des marchés de fournitures passés au nom de l'État ; il en est autrement des marchés passés au nom de la commune ou du département de la déclaration des dettes de l'État. En réalité, la juridiction civile ne s'applique pas aux contrats qui rendent l'État débiteur, mais seulement aux contrats passés par les autres personnes administratives, sauf exception pour les marchés de travaux publics. C'est surtout à propos de ces diverses affaires que la juridiction administrative a été accusée de commettre des empiétements sur la juridiction civile et de priver les particuliers de toute garantie pour leurs droits. Sur la plupart de ces questions, des controverses ont existé ou existent encore⁵⁸⁸.

290. L'œuvre syncrétique d'Édouard LAFERRIÈRE⁵⁸⁹ : l'assimilation d'un héritage doctrinal désenclavé de son contexte polémique. – Cet infléchissement des représentations auquel la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion a conduit, a même été exacerbé par des administrativistes insignes – tel Édouard LAFERRIÈRE. Celui-ci n'est certes pas novateur : il réceptionne une représentation formalisée par la doctrine universitaire dès les années 1850-1860. Cela étant, en écrivant à une époque où les controverses sur la juridiction ministérielle sont presque consommées ; où celles relatives à la juridiction administrative se font toujours vives, ses propos ont prêté force aux doctrines souhaitant restreindre le champ du contentieux administratif. S'évertuant à définir l'acte administratif, il écrit : « *Le caractère administratif résulte de la nature même de l'acte, et non pas uniquement de la qualité de son auteur ou du but qu'il se propose* »⁵⁹⁰. Cette idée n'est pas nouvelle, quoiqu'il lui

⁵⁸⁸ SAINT-GIRONS Antoine, *Essai sur la séparation des pouvoirs...*, *op. cit.* (1881), p. 512-513. Pour conférer plus de régularité aux principes qui répartissent les compétences relativement aux contrats de l'administration, il suggère d'étendre la juridiction administrative aux marchés des départements et des communes : « *Aucune texte n'attribue compétence au conseil de préfecture pour les marchés de fournitures passés par les départements et les communes, et, comme il y a simplement contrat de vente, les tribunaux civils sont appelés à en connaître. Ici la législation nous paraît mauvaise. Suivant l'observation d'HENRION DE PANSEY, s'il est un acte administratif qui rentre naturellement dans la compétence des conseils de préfecture, c'est le marché de fournitures. C'est là qu'il importe surtout de ne pas entraver les services publics et, par suite, d'arriver rapidement à sanctionner le contrat passé par le fournisseur, ou bien à le résilier sur l'heure pour traiter avec un autre* » (*id.*, p. 515).

⁵⁸⁹ Au sujet d'Édouard LAFERRIÈRE (1841-1901), voir les notices biographiques que lui consacrent le *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'État* (2004) et le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi la thèse du professeur GONOD : *Édouard LAFERRIÈRE, un juriste au service de la République* (1997). Après avoir été avocat sous le Second Empire, il entra au Conseil d'État en 1870 dont il assumait la vice-présidence de 1886 à 1898. Après quoi il fut gouverneur général de l'Algérie (1898-1900), avant d'obtenir d'être nommé procureur général près la Cour de cassation (1900-1901). Il dispensa en outre des enseignements de droit administratif – en doctorat à la faculté de Paris (1883-1884 ou 1885).

⁵⁹⁰ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 429. Aussi définit-il en conséquence les actes de gestion : « *Les actes de gestion (...) [sont] ceux que l'administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics et non comme dépositaire d'une part de souveraineté. Les facultés que l'administration exerce dans l'accomplissement de ces actes, n'excèdent pas, en général, celles que les citoyens possèdent en vertu du droit privé, ou qu'ils peuvent s'attribuer par des stipulations librement consenties. Les marchés passés par l'administration pour assurer le fonctionnement des services publics et l'exécution des travaux d'intérêt général, les actes faits pour la mise en*

confère une portée accrue en y attachant sa caution. On ne peut dire néanmoins qu'il aurait plagié ses prédécesseurs : il accentue cette distinction en lui reconnaissant une fonction cardinale. Tandis que Léon AUCOC l'employait dans une controverse doctrinale, Édouard LAFERRIÈRE en use dans un dessein où il est question de systématiser la nature même du contentieux administratif. C'est en ce sens qu'il développe amplement cette idée suivant quoi les rapports juridiques sont différents, selon que l'administration commande, ou selon qu'elle traite.

On ne doit pas considérer, comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire, tout acte émané de l'administration, toute opération accomplie ou prescrite par elle en vue d'un intérêt général ; mais seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent, à ce titre, les facultés des citoyens. Ces facultés, qui sont égales pour tous dans les rapports des individus entre eux, le sont aussi dans leurs rapports avec l'administration, lorsque celle-ci fait, en vue des intérêts généraux, ce qu'un simple citoyen pourrait faire en vue d'intérêts particuliers. Mais ces facultés ne sont plus égales entre les individus et l'administration, lorsque celle-ci exerce la puissance qui lui a été déléguée. Ce n'est plus alors le principe d'égalité qui domine, mais au contraire le principe d'autorité : droit de commandement d'un côté, devoir de soumission de l'autre⁵⁹¹.

C'est d'après cette représentation des choses qu'il aménage son approche des contrats de l'administration. L'exemple emblématique en est son analyse de la concession, qu'il analyse comme un contrat administratif *par nature*. La formule peut-être est nouvelle, mais l'idée dont elle procède est peu novatrice.

Quand l'administration agit comme puissance publique, et que l'accord de volontés survenu entre elle et des tiers n'est en quelque sorte que l'accessoire et la condition de l'acte administratif qu'elle accomplit, la compétence est administrative de plein droit, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, parce que l'acte de puissance publique est l'élément qui domine⁵⁹².

291. Édouard LAFERRIÈRE analyse d'après les préoccupations qui le saisissent, un acte qui était déjà vu par ses prédécesseurs comme exorbitant du droit commun. Si bien que la concession était rangée parmi les actes administratifs, distincts des actes contractuels. S'il conçoit que les concessions « *ne sont pas des actes de gestion (...), mais de véritables actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel* »⁵⁹³, BATBIE plaçait sans équivoque les concessions parmi les « *manières d'acquérir spéciales au droit administratif* », au sens où celles-ci « *sont tellement propres aux matières administratives qu'elles n'offrent aucune analogie avec les institutions de droit civil* »⁵⁹⁴. De même DARESTE concevait-

valeur des propriétés publiques, les engagements pécuniaires contractés par l'État ou par les administrations locales pour subvenir aux besoins qu'ils ont mission de satisfaire, sont des actes de gestion ; l'intérêt public les motive, mais la puissance publique n'y intervient pas » (*id.*, p. 436-437).

⁵⁹¹ *Id.*, p. 429-430.

⁵⁹² *Id.*, p. 535.

⁵⁹³ *Id.*, p. 549.

⁵⁹⁴ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1

il la concession comme « *un contrat propre au droit administratif* »⁵⁹⁵. GAUTIER situait cet acte parmi ceux « *qui supposent nécessairement chez [l'administrateur] la qualité de représentant des intérêts généraux et qui sont tels qu'un particulier ne saurait en faire de semblable pour son patrimoine* ». À l'inverse, certains actes « *ne supposent point chez eux une qualité ou des pouvoirs spéciaux* », si bien qu'en cette hypothèse « *l'on peut assimiler l'administrateur qui y figure au gérant d'une société qui contracterait pour le compte de celle-ci* »⁵⁹⁶. Ce qui singularise LAFERRIÈRE, ce n'est pas donc pas tant l'analyse qu'il tient, que la manière dont il l'emploie à une exposition synthétique du contentieux administratif. DARESTE et PERRIQUET, le premier se livrant à un ouvrage théorique sur le contentieux administratif, le second à un ouvrage praticien sur les contrats de l'administration, les deux pour des raisons sensiblement différentes ont usé du droit civil pour ordonner leur propos. Aussi se sont-ils placés sur un plan différent de celui de LAFERRIÈRE, de sorte que les propos de ce dernier, sans être fondamentalement novateurs, procèdent à une représentation originale. DARESTE, qui se veut théoricien alors que LAFERRIÈRE se veut didacticien, avait choisi « *l'ordre même du Code Napoléon* » pour « *exposer les droits de l'administration, ses obligations, les actions qui en résultent et la juridiction compétente pour y statuer* »⁵⁹⁷. Celui-ci au contraire ordonne les contrats de l'administration d'après la définition qu'il se fait du contentieux administratif. C'est la raison pour laquelle il distingue entre les contrats administratifs *par nature* et ceux par détermination *de la loi*, taxinomie empruntée à la définition du contentieux administratif général.

- 292. Une présentation des contrats de l'administration originale, portée à organiser le contentieux administratif.** – Au sein des contrats par détermination de la loi, il distingue entre ceux pour lesquels « *l'administration agit comme intendant de son domaine privé* », et ceux pour lesquelles elle « *agit pour la gestion des services publics* »⁵⁹⁸. Nous y voyons surtout l'assimilation d'une distinction purement doctrinale et développée par nombre d'administrativistes sous la Monarchie de Juillet – par BOULATIGNIER, FOUCART, SERRIGNY, *etc.* Pour nous résumer, LAFERRIÈRE faire montre d'un syncrétisme intelligent et l'objet de son traité, circonscrit au contentieux administratif, le met en mesure de développer une certaine représentation qui pouvait être plus malaisément déployée dans un ouvrage de droit administratif général. C'est ce qui, de notre point de vue, confère à son ouvrage cette singularité tant signalée, trop souvent

(1861), p. 256.

⁵⁹⁵ DARESTE DE LA CHAVANNE Rodolphe, *De la justice administrative en France...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1862), p. 335.

⁵⁹⁶ GAUTIER Alfred, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, *op. cit.* (1879), p. 5.

⁵⁹⁷ DARESTE DE LA CHAVANNE Rodolphe, *De la justice administrative en France...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1862), p. 200.

⁵⁹⁸ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 534-535.

293. exagérée pensons-nous. S'agissant des contrats de l'administration, il développe une analyse tout à fait répandue et généralement admise⁵⁹⁹. Cela est particulièrement symptomatique dans un paragraphe qui conclut ses développements relatifs aux contrats productifs d'un revenu domanial. À propos des baux de sources minérales, dont nous avons déjà montré qu'ils avaient suscité – dans les années 1830-1840 – d'intéressantes réflexions, LAFERRIÈRE assimile cette doctrine qui doit beaucoup à BOULATIGNIER⁶⁰⁰. Ce dernier distinguait en effet entre les baux attachés à la mise en valeur économique du domaine de l'État, et ceux attachés à la marche d'un service public.

On peut citer d'autres cas assez nombreux où des baux, ou bien des conventions spéciales qu'on a plus ou moins justement assimilées à des baux, relèvent de la compétence administrative. Mais lorsqu'on les passe en revue, on voit qu'ils ne concernent pas des biens exploités comme domaines privés productifs de revenus, mais des biens affectés à des services publics, et susceptibles de produire des redevances assimilables à des taxes, tels que les abattoirs, les halles, les marchés. À plus forte raison, ne faut-il pas confondre avec le contrat civil de bail, la mise en ferme de revenus publics (tels que les octrois, ou le monopole des allumettes), ni le droit donné à un concessionnaire de travaux publics de percevoir des péages sur ceux qui font usage de l'ouvrage qu'il a construit, tel qu'un pont à péage, un chemin de fer, un canal. Ces conventions d'une nature particulière sont régies, selon les cas, soit par la législation des marchés ou des concessions, soit par des lois spéciales⁶⁰¹.

Suivant la même opinion que BOULATIGNIER et d'autres administrativistes contemporains de celui-ci, LAFERRIÈRE renvoie à l'hétérogénéité des baux administratifs qui sont loin de recouvrir une réalité uniforme. Lorsque les premiers s'étaient efforcés à justifier ces différenciations d'après la distinction État-administrateur/État-propriétaire, le second choisit une démarche plus pragmatique en empruntant à ceux-là, celles de leurs explications qui rattachaient certains des baux administratifs à la législation des travaux publics ou de la voirie. D'ailleurs,

⁵⁹⁹ Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir l'article sur la compétence administrative, publié dans le répertoire dit BECQUET (du nom de son directeur). Son auteur, qui y est anonyme, cite abondamment les auteurs références en la matière et à cette époque : c'est-à-dire principalement LAFERRIÈRE (surtout relativement à la définition du contentieux administratif) et dans une moindre mesure, AUCOC (*Répertoire du droit administratif*, Paris, Dupont, 1882-1900 (28 vol.), t. 8 (1891), p. 193 *sq.*). Or, lorsqu'y est envisagé « la défense de connaître des contrats administratifs » pour les tribunaux judiciaires, aucun auteur n'est cité (*id.*, p. 225-226). Cela indique – pensons-nous – que nonobstant certaines controverses doctrinales sur l'attribution du contentieux contractuel de l'administration, l'exposition du droit positif et sa schématisation théorique relèvent d'une doctrine largement partagée. À cet égard, les propos qui y sont développés sont assez similaires à ceux de LAFERRIÈRE.

⁶⁰⁰ En 1884, Eugène PERRIQUET cite l'article BOULATIGNIER sur les baux administratifs (publié dans le *Dictionnaire général d'administration* de BLANCHE) lorsqu'il envisage, dans son traité sur les contrats de l'État, les baux de bacs et passages d'eau. Ceci pour faire voir que dans les années 1880, l'autorité doctrinale de BOULATIGNIER est encore largement reçue.

⁶⁰¹ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 540.

s'évertuant à synthétiser les compétences des conseils de préfecture, il indique trois catégories génériques dont l'une recouvre les « *contrats ayant un caractère administratif et destinés à assurer un service public* »⁶⁰² – parmi lesquels les baux de péages.

294. Sans ôter aucun des mérites du traité de LAFERRIÈRE, il s'agit de faire apparaître que cet auteur n'est pas tant un théoricien révolutionnaire qu'un didacticien syncrétique – du moins pour ce qui intéresse notre sujet. Il faut reconnaître qu'indépendamment des ouvrages spéciaux comme celui de PERRIQUET, celui de LAFERRIÈRE est l'un des premiers à envisager les contrats de l'administration dans leur hétérogénéité. En précisant les liens de certains d'avec le contentieux administratif, en marquant ce qui les différencie entre eux, il consomme avec intelligence ce dont la doctrine d'AUCOC était lourde avec les actes de gestion. Ce qui – à notre sens – préfigure chez LAFERRIÈRE la formalisation d'une théorie des contrats administratifs dans l'Entre-deux-guerres, ce n'est pas qu'il eût préfiguré le concept de contrat administratif (au sens où nous l'admettons aujourd'hui). L'expression même « contrat administratif » a souvent été usitée – dans des sens assez divers. En revanche, l'approche choisie par Édouard LAFERRIÈRE présente cette particularité de décliner tous les contrats de l'administration sur un même plan, à l'aune de la distinction entre l'acte de gestion et l'acte d'autorité – qu'il développe entre plusieurs classes. C'est depuis un point de vue propre au droit administratif qu'il les envisage tous, tandis que d'autres avant lui – comme DARESTE et PERRIQUET – s'étaient inspirés du droit civil. Cet auteur s'engage dans une représentation doctrinale par laquelle il articule la multiplicité des contrats de l'administration à une distinction qui fait apparaître les différences qui les caractérisent chacun. Ceci parce qu'il ne souhaite pas engager le fond de la matière pour chacun de ces contrats en entreprenant autant de monographies. Il les embrasse tous depuis un point de vue panoptique.

295. **Les conséquences de l'abandon de la juridiction ministérielle : la formalisation d'un pouvoir exorbitant pour l'administration contractante.** – L'autre cause déterminante à partir de laquelle les administrativistes du premier XX^e siècle élaboreront une théorie des contrats administratifs, c'est la représentation d'un pouvoir particulier à l'administration dans l'exécution de ses contrats. Il ne faut comprendre par là qu'auparavant, les marchés eussent été entièrement soumis au droit commun. En tout cas, la question ne se posait pas en ces termes. Pour autant et bien avant LAFERRIÈRE, les administrativistes ont rendu compte de cette réalité, et c'est même par là que certains d'entre eux se sont justifiés la singularité des marchés de l'administration. Il est récurrent de les voir exposer, dans les ouvrages qui traitent des marchés de fournitures, le pouvoir de résiliation unilatérale de l'administration ou

⁶⁰² *Id.*, p. 319.

encore le pouvoir de substitution d'un fournisseur à un autre lorsque le premier se rend responsable de quelques négligences. Toutefois, l'existence d'une juridiction ministérielle les a placés dans une situation où ils ont *in fine* appréhendé ces prérogatives en corrélation avec les attributions contentieuses des ministres. CORMENIN & SIREY en donnent sûrement la meilleure illustration car : 1° ils composèrent un ouvrage polémique – le ton y est plus libre ; 2° ils composèrent un ouvrage sur le Conseil d'État où ils y discutent des pouvoirs des ministres en matière de fournitures. Voici le premier :

Comme le retard d'un seul jour peut quelquefois amener des maux irréparables, il faut que le Ministre ait la pleine faculté de contraindre le fournisseur, par toutes les voies possibles de coercition, à exécuter son marché. (...) Dans ces cas, le Contentieux même est tellement lié et subordonné aux besoins de l'administration, que la puissance d'exécution doit l'emporter, et entraîner la juridiction contentieuse dans la rapide nécessité de sa marche. (...)

Le Ministre a décidé provisoirement, en première instance, avec une pleine liberté, et fait exécuter ses décisions, sans obstacle, dans le seul intérêt de l'État.

Il faut que le Tribunal administratif examine à son tour ces décisions, en appel, avec la même liberté, dans l'intérêt de l'État, comme dans celui des fournisseurs⁶⁰³.

Les pouvoirs dont disposent les ministres pour l'exécution des marchés des fournitures sont analysés comme des actes contentieux susceptibles d'appel devant le Conseil d'État. Jean-Baptiste SIREY assimile d'ailleurs l'office du ministre à celui d'un juge des référés qui, ce faisant, ne prend qu'une « *simple* décision sur le passer outre »⁶⁰⁴. L'analyse de ces prérogatives est si bien liée à la légitimation d'une justice ministérielle que certains – à l'instar de SERRIGNY – admettent cette dernière en tirant parti de la nature des décisions ministérielles : « *Les ministres prennent certaines décisions qui, comme celle des conseils de préfecture, ressortissent au conseil d'état ; ces décisions sont exécutoires et emportent hypothèque de la même manière que les arrêtés de ces conseils* »⁶⁰⁵. Les effets emportés par certaines des décisions ministérielles ont conduit nombre d'auteurs – parfois circonspects, comme SERRIGNY qui regarde ce point comme l'« *un des plus délicats du droit administratif* »⁶⁰⁶ – à admettre une juridiction ministérielle.

On doit (...) tenir pour constant que les ministres exercent, en certains cas, une juridiction contentieuse, et rendent des décisions qui ont une apparence de jugemens, comme celles qui émanent des conseils de préfecture⁶⁰⁷.

⁶⁰³ [CORMENIN Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction sous la monarchie constitutionnelle*, Paris, Delaunay, 1818, p. 181-182.

⁶⁰⁴ SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle...*, *op. cit.* (1818), p. 485.

⁶⁰⁵ SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1842), p. 305.

⁶⁰⁶ *Id.*, p. 303.

⁶⁰⁷ *Id.*, p. 309. « Si les contestations qui naissent des marchés de fournitures passés avec les ministres, ou en leur nom, n'ont pas été déléguées aux conseils de préfecture, comme celles qui naissent des marchés passés avec les entrepreneurs de travaux

En s'évertuant à en justifier le fondement, il indique :

On a vu dans l'arrêté que prend chaque ministre pour fixer provisoirement le débit des fournisseurs ou agens de son département, et qu'il adresse à son collègue, le ministre des finances, pour le rendre exécutoire, une décision contentieuse du premier degré⁶⁰⁸.

296. C'est d'après le même raisonnement que FOUCART reconnaissait aux décisions ministérielles une nature juridictionnelle. Il admet bien qu'en procédant à l'exécution des marchés, les ministres réalisent des actes d'administration. Toutefois, en rapportant qu'y sont attachés les effets propres aux jugements, il conclut à leur assimilation.

La jurisprudence admet aussi que toutes les contestations ou les demandes relatives à la résiliation, à l'exécution ou à l'interprétation des marchés de fournitures ou de services quelconques passés soit avec un ministre personnellement, soit en son nom, sont en premier ressort jugées par les ministres. Nous n'avons trouvé aucune disposition formelle qui ait établi ces degrés inférieurs de juridiction ; il nous semble qu'ici les décisions qui émanent (...) des ministres ne sont pas, à proprement parler, des jugements, mais plutôt des décisions administratives qui peuvent quelquefois dispenser d'une instance devant le Conseil d'état ; toutefois on est obligé de se pourvoir contre elles dans le délai de trois mois à partir de la notification⁶⁰⁹.

Au détour d'une démonstration, TROLLEY explicite mieux que quiconque cette association faite entre les prérogatives du ministre comme contractant d'un marché et les prérogatives dont il dispose comme juge administratif. Il n'est pas question d'une *confusion* longtemps entretenue. Pour conférer aux ministres l'efficacité qu'il leur est nécessaire pour garantir les intérêts du Trésor, leurs décisions relatives à la liquidation des dettes sont revêtues de l'effet des jugements. C'est sous ce rapport que les décisions prises pour l'exécution des marchés sont de nature juridictionnelle.

publics, c'est parce que les premiers exigent encore plus de célérité dans leur exécution que les seconds. Or les décisions des ministres peuvent intervenir plus promptes, plus rapides que celles des conseils de préfecture. Voilà pourquoi, en ce qui concerne les marchés faits avec l'administration, la compétence des ministres est la règle, et celles des conseils de préfecture n'est que l'exception. (...) Cela prouve de plus fort que les ministres sont censés avoir une juridiction contentieuse : car si l'on eût donné aux conseils de préfecture la connaissance des difficultés pour marchés de fournitures, comme ils ont celle des contestations sur les marchés faits avec les entrepreneurs de travaux publics, on ne pourrait dénier que la décision de ces conseils ne formât un premier degré de juridiction. Donc la solution première que donnent les ministres doit conserver le même caractère » (*id.*, p. 334-335).

⁶⁰⁸ *Id.*, p. 332. Plus loin il ajoute : « La juridiction des ministres et du conseil d'état dans les marchés de fournitures se justifie par l'expérience et l'intérêt bien entendu de l'état et des fournisseurs eux-mêmes » (*id.*, p. 333).

⁶⁰⁹ FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 2 (1839), p. 215. Au demeurant, sans être convaincu par la rigueur de ce raisonnement, il l'appuie par les mêmes considérations d'opportunité que celles mises en avant par SERRIGNY : « Cette jurisprudence a sa base dans les lois des 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII, rendus pour faire cesser les dilapidations et réprimer l'avidité des fournisseurs. Ces lois n'ont rien de bien précis, mais la jurisprudence du Conseil d'État sur ce point est constante et se justifie par les principes de la responsabilité des ministres, l'importance des marchés de fournitures, et la nécessité d'une prompt solution dans toutes les questions de cette nature » (*Éléments de droit public et administratif...*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 2 (1843), p. 274).

Quelle est la question principale ? La liquidation d'une dépense à la charge de l'État ; elle est de la compétence ministérielle. Les difficultés sur l'exécution et l'interprétation du contrat ne se présentent qu'incidemment ; elles sont encore administratives, et n'est-ce pas aux ministres qu'il appartient de les trancher et de dire le sens et la portée de l'acte dans lequel ils ont été parties, par eux-mêmes ou par leurs mandataires ?⁶¹⁰

C'est d'après cet ordre de considérations que – par exemple – l'avocat aux Conseils PERRIQUET indique que les résiliations, qui d'ordinaire doivent être prononcées par le juge, le sont par le ministre lui-même lorsqu'elles se rapportent aux marchés de fournitures.

L'art. 1184. Code civ., n'admet pas que la résiliation ait lieu de plein droit ; il permet au juge d'accorder un délai suivant les circonstances. Ces règles ne sont pas applicables aux marchés administratifs⁶¹¹.

297. Différencier l'exécution des marchés et le jugement de leur contentieux : les prodromes d'une appréhension moderne des contrats administratifs. – Lorsque Léon AUCOC souhaite démontrer que les actes de gestion sont d'une nature distincte celle des actes de juridiction, il s'attache tout particulièrement à exposer que « *l'autorité publique est toujours censée avoir provisoirement raison* ». Si bien que « *ses actes de gestion comme ses actes de commandement sont exécutoires avant qu'il y ait eu décision de justice* »⁶¹².

Les effets des décisions ministérielles peuvent bien produire une certaine illusion. Elles ont le même effet que des jugements ; elles sont exécutoires, emportent hypothèque⁶¹³.

Autrement dit, il entreprend de prouver que si les actes pris pour l'exécution des marchés produisent certains effets ordinairement attachés aux jugements, c'est parce que les actes de l'administration sont exécutoires. C'est en affirmant cette qualité qu'il parvient à dissocier les actes de gestion des actes juridictionnels : ils produisent peut-être des effets similaires, mais ils n'en restent pas moins distincts car ils se prêtent à des fonctions différentes. En déniait tout caractère juridictionnel aux décisions de l'administration active, Édouard LAFERRIÈRE s'attache également à convaincre de ce que les administrateurs sont investis du pouvoir de prendre des actes exécutoires par provision.

Les décisions ministérielles ont force exécutoire ; elles peuvent, dans certains cas, entraîner hypothèque et s'exécuter sur les biens de la partie ; elles deviennent définitives si l'on n'en a pas fait appel dans le délai de trois mois. (...) C'est la marque distinctive des pouvoirs d'un administrateur. Exerçant une partie de l'autorité exécutive, il est naturel que l'administration possède des pouvoirs d'exécution⁶¹⁴.

⁶¹⁰ TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif...*, op. cit., t. 1 (1844), p. 215-216.

⁶¹¹ PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État...*, op. cit. (1^{re} éd., 1884), p. 163.

⁶¹² AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1869), p. 460.

⁶¹³ *Id.*, p. 466-467.

⁶¹⁴ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 405.

Cela n'est pas un parti pris personnel à LAFERRIÈRE, mais une corrélation doctrinale à l'assimilation des décisions ministérielles comme actes de gestion. En témoignent ces propos du commissaire du gouvernement GOMEL :

[Des auteurs] ont établi que lorsque les ministres (...) règlent les difficultés soulevées par l'exécution des marchés de fournitures, ils agissent comme administrateurs et ne rendent pas des jugements. Les mesures qu'ils prennent en pareil cas n'en ont pas moins le même effet que des jugements, et dans l'intérêt supérieur de l'administration, afin d'assurer la marche rapide des services publics, le législateur a voulu que les mesures arrêtées par les ministres fussent exécutoires et emportassent hypothèque. C'est à raison de ce caractère exécutoire qu'on les appelle des décisions, et c'est encore parce qu'elles sont exécutoires qu'il faut, pour les faire tomber, les attaquer dans les trois mois devant le Conseil d'État, sans qu'on ait à distinguer si elles sont contradictoires ou par défaut⁶¹⁵.

Édouard LAFERRIÈRE indique suffisamment que cette représentation de la nature des décisions administratives est intimement liée à la négation de la juridiction ministérielle.

Partout où il existe une autorité ayant un droit de décision propre, et pouvant rendre des décisions administratives exécutoires par elles-mêmes, un débat contentieux peut naître, et (...) le Conseil d'État peut en être directement saisi⁶¹⁶.

Ainsi en analysant les prérogatives du ministre dans l'exécution des marchés de fournitures, Édouard LAFERRIÈRE – qui cherche par-dessus tout à nier la juridiction ministérielle – en marque la singularité. Dans cette hypothèse, l'administration déploie des pouvoirs que nul contractant ne saurait disposer en vertu du droit commun.

[La] faculté de résiliation constitue une grave dérogation aux règles du droit commun en matière de vente. (...)

Les questions de résiliation ne sont pas les seules où les règles des marchés s'écartent de celles du droit commun, même quand le cahier des charges n'y déroge pas expressément⁶¹⁷.

Cette exorbitance est exacerbée par le fait que « *la juridiction administrative doit (...) se renfermer dans le jugement d'un contentieux purement pécuniaire, et s'interdire toute décision pouvant faire échec aux pouvoirs de l'administration* »⁶¹⁸. C'est par ces considérations qu'il affirme :

La vérité est que le marché de fournitures et son cahier des charges forment un contrat *sui generis*, réputé complet par lui-même, qui emprunte au

⁶¹⁵ GOMEL Charles-Samson, Conclusions prononcées sous l'arrêt *CARRIÈRE* (C.E., 20 février 1880), in HALLAYS-DABOT Adrien & PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 50 ; année 1880), p. 188.

⁶¹⁶ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 411.

⁶¹⁷ *Id.*, t. 2 (1888), p. 135.

⁶¹⁸ *Id.*, p. 134.

droit civil ou commercial les dispositions qu'il croit bonnes, néglige les autres, et n'est pas présumé accepter celles qu'il passe sous silence⁶¹⁹.

En somme, c'est par le truchement de la négation de la juridiction ministérielle ; c'est pour conserver à l'administration les mêmes pouvoirs dont elle était investie en procédant par voie contentieuse, que ces administrativistes lui ont reconnu des prérogatives exorbitantes du droit commun dans l'exécution de ses marchés. Comme la question de la juridiction ministérielle s'est posée à l'occasion des marchés de fournitures, c'est surtout à propos de ces conventions que l'idée d'un contrat foncièrement différent du droit commun s'est développée chez certains auteurs – tels le président LAFERRIÈRE.

298. Il n'est pas surprenant que ces propos sur les pouvoirs exorbitants des ministres proviennent de LAFERRIÈRE plutôt que de PÉRIER ou PERRIQUET – qui ont respectivement écrit sur les marchés de fournitures (1876) et les contrats de l'État (1884). L'énonciation d'une singularité propre à certains contrats de l'administration procède d'une réflexion sur les pouvoirs des ministres. Autrefois associés à la juridiction ministérielle, les actes pris pour leur exécution n'étaient pas de nature à pouvoir se les représenter comme soumis à un régime juridique distinct de celui des contrats du droit privé. Si certaines règles étaient bien reconnues comme singulières aux marchés de fournitures, elles furent toujours appréhendées à l'aune de cette juridiction. C'est pourquoi, d'ailleurs, ils ont été si souvent mobilisés dans les controverses de la juridiction administrative. Pour parachever cette évolution en insistant sur ces mutations, il faut encore convoquer Maurice HAURIOU⁶²⁰. Presque contemporain d'Édouard LAFERRIÈRE, il consomme une certaine conception des contrats de l'administration – celle, au cours du second XIX^e siècle, où ils ont été appréhendés comme un vecteur de l'action administrative, c'est-à-dire comme un mode d'action solidaire de la juridiction ministérielle. En 1891, il écrit :

Dans l'acte de gestion, en principe, la volonté de la personne administrative se met de niveau avec la volonté des particuliers, elle dépouille son aspect impérieux et revêt l'apparence d'un consentement contractuel⁶²¹.

En cela, cet auteur assimile sans beaucoup d'originalité une doctrine déjà esquissée par Léon AUCOC et – plus décisivement – par Édouard LAFERRIÈRE. Pourtant il poursuit :

Il ne faudrait pas croire que ce soit toujours un consentement vraiment contractuel. Il y a là un manque d'harmonie dans le droit administratif. Dans

⁶¹⁹ *Id.*, p. 136.

⁶²⁰ Au sujet de Maurice HAURIOU (1856-1929), voir la notice biographique que lui consacre le professeur BLANQUER dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Il fit toute sa carrière universitaire à la faculté de Toulouse (1883-1926).

⁶²¹ HAURIOU Maurice, « L'administration et les actes d'administration », in *R.G.A.* 1891, II, p. 268.

nombre d'actes de gestion, ceux qui sont en même temps actes de puissance publique, la volonté administrative garde un caractère impérieux. Dans les contrats administratifs, les personnes administratives ont toujours quelque privilège singulier qui empêche l'égalité complète des parties ; à plus forte raison, dans les actes unilatéraux. La liquidation de dettes et l'arrêt de débet, par exemple, sont des opérations qui ressemblent à des actes de juges, qui mettent l'État vis-à-vis du fournisseur ou du comptable, dans la même situation avantageuse que s'il avait obtenu un premier jugement en sa faveur⁶²².

Maurice HAURIOU rend compte du fait que les pouvoirs de l'administration pour l'exécution de ses marchés empruntent aux caractères des actes juridictionnels⁶²³. À ce titre, ils confèrent à certains contrats – comme les marchés de fournitures auxquels il fait allusion – un caractère qui les spécifie des contrats du droit commun (actes de gestion à proprement parler) et qui justifie de les désigner sous cette formulation : « *contrats administratifs* ». À l'instar de LAFERRIÈRE qui parle de contrats *sui generis*, cette locution est traversée par une signification inédite. Autrefois, nombre d'auteurs sous la Monarchie de Juillet – essentiellement – l'empruntait pour désigner les contrats soumis à la juridiction administrative, comme se prêtant à la marche des services publics. En soi, la locution usitée par Maurice HAURIOU recouvre une réalité analogue : les contrats souscrits pour un service public – de même qu'Édouard LAFERRIÈRE comprenait les marchés de l'administration parmi « *les contrats passés par l'administration dans l'intérêt des services publics* »⁶²⁴. Pourtant, elle se justifie moins par cette destination que par les prérogatives déployées par l'administration à leurs propos. L'abandon de la juridiction ministérielle invite Maurice HAURIOU à signaler ces contrats pour l'exécution desquels l'administration est en mesure d'imposer à son contractant des décisions qu'il appelle « exécutoires ». En développant ce qu'il désigna comme le « *privilège du préalable* », il souligna justement que « *ce privilège existe aussi bien dans les matières de gestion que dans les opérations exécutées par voie d'autorité* »⁶²⁵. Nous touchons ici aux prodromes de la théorisation du contrat administratif où, pour les motifs que nous venons d'indiquer, certains administrativistes tendent à distinguer ces contrats dont la particularité est indiquée par les pouvoirs de l'une des parties contractantes – agissant comme telle, c'est-à-dire comme administrateur, mandataire

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ C'est à ce propos que Maurice HAURIOU systématise une théorie des actes de l'administration en les présentant généralement comme exécutoires. Il porte à cet égard un regard injuste sur ses aînés en omettant de s'interroger sur ce qui a pu conduire ces derniers à tenir une doctrine différente de la sienne. S'agissant notamment des actes de gestion des ministres « *la décision, qui est exécutoire par elle-même comme tout acte d'administration, devient définitive si l'on n'a pas formé recours dans le délai de trois mois, de même qu'un jugement devient définitif par l'expiration des délais d'appel. On oubliait que c'est la condition de tous les actes d'administration, les recours contre ces actes sont enfermés dans des délais très courts, parce que sans cela la marche de l'administration serait entravée. L'administration agit beaucoup, il est nécessaire que les conséquences de ses actes soient rapidement réglées* » (*Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd. 1892), p. 734).

⁶²⁴ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 541.

⁶²⁵ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose, 1900-1901 (4^e éd.), p. 246.

des intérêts de l'administration, et non pas comme juge. Ce sera les fondements sur lesquels Gaston JÈZE et, plus tard, Georges PÉQUIGNOT – pour ne citer que quelques auteurs – formaliseront une théorie des contrats administratifs⁶²⁶.

- 299. Conclusion du titre IV.** – Au XIX^e siècle, les administrativistes ont appréhendés des contrats administratifs, quoiqu'en leur assignant un sens différent du nôtre parce qu'employés à corrélér une représentation du droit administratif qui leur fut propre. Les contrats de l'administration ne sont pas un objet donné en soi, mais un sujet formalisé par une certaine intelligence du droit administratif. Leur « visibilité » doctrinale fut déterminée par les préoccupations qui animèrent les administrativistes de cette époque. C'est ce dont rend compte le baron de GÉRANDO en abordant le droit administratif, non pour étayer une conception mécaniste de l'administration, mais pour l'appréhender par le biais d'une rationalité gestionnaire. Aussi les contrats y sont le plus souvent évoqués pour discerner les ressorts d'une discipline pénétrant jusque dans les tréfonds de la gestion administrative, pour résorber les écarts à la norme qui rendent cette gestion dispendieuse. Cette appréhension se ressentit néanmoins du fait que l'enseignement universitaire du droit administratif se généralisa, s'éloignant un peu de la science administrative. À partir de la Monarchie de Juillet, les contrats furent mobilisés pour mettre l'action administrative en harmonie avec le régime parlementaire. Dans le sillage des débats parlementaires, les universitaires s'efforcèrent à formaliser un contentieux administratif à la définition duquel les contrats furent attirés. Au travers la distinction État-administrateur/État-propriétaire, la locution « contrat administratif » prit un sens spécifique dont la valeur fut essentiellement contentieuse. Les théories dont les contrats administratifs firent l'objet participèrent à discerner une action administrative dont les ressorts fussent autonomes de la juridiction judiciaire. Aussi, l'avènement du Second Empire nous paraît avoir déterminé les administrativistes à concevoir le droit administratif différemment, donc à appréhender les contrats sous un autre point de vue. En outre, les administrativistes universitaires du milieu du XIX^e siècle furent de plus en plus attentifs à la mésestime manifestée à leur endroit par leurs collègues privatistes. Ce n'est pas qu'ils ne l'aient jamais été, cependant certains s'attachèrent plus encore à juridiciser leur discipline en évinçant parfaitement ce qui ressortissait à la science administrative. Ne participant plus de la définition d'un contentieux administratif ou plutôt en contribuant à en tracer les contours depuis l'extérieur, les contrats furent marginalisés, puisque hétérogènes au droit administratif. La compétence administrative maintenue pour les contrats administratifs fut présentée comme tout à fait exceptionnelle, corroborant par contraste une unité du droit administratif réalisée autour des actes d'autorité. La critique récurrente de la juridiction ministérielle à

⁶²⁶ Cf. le chapitre 3, titre IV, seconde partie.

partir des années 1860 nous semble coïncider avec une réaction qui s'est prise à ne plus en comprendre la raison d'être à l'égard des marchés de fournitures de l'État. Le traité d'Édouard LAFERRIÈRE acheva l'abandon de cette juridiction plutôt qu'il ne la provoqua. Si le discours qui y est portée sur les contrats de l'administration est novateur, c'est en s'essayant à justifier autrement une attribution du Conseil d'État (à propos desdits marchés) dont les fondements avaient été ébranlés par cette évolution. Les prérogatives des ministres furent conçues autrement à partir du moment où ils cessèrent d'être considérés comme juges en premier ressort des marchés de fournitures de l'État. Jusqu'alors, les ministres étaient associés au contentieux des fournitures pour cette raison qu'ils décidaient unilatéralement de leur exécution. La prérogative dont ils disposaient de soumettre leurs fournisseurs jusqu'à ce que les marchés fussent liquidés, contrevenait au droit commun qui interdisait à l'une des parties de contraindre son cocontractant de sa propre initiative. Si la juridiction ministérielle fut abandonnée pour le contentieux des marchés de fournitures de l'État, ce ne fut pas pour condamner cet autoritarisme lié à l'action administrative, mais pour empêcher que l'une des parties pût être – en première instance – son propre juge. Les ministres n'en conservèrent pas moins leurs prérogatives pour diriger l'exécution des marchés de fournitures. Tandis que ces contrats furent tendanciellement rapprochés des contrats du code civil au point de vue de leur contentieux, Maurice HAURIOU analysa ces prérogatives comme une exception au droit commun. Aussi les désigna-t-il comme des prérogatives exorbitantes du droit commun. Ces vicissitudes doctrinales invitent à admettre que les conceptions successivement faites des contrats administratifs – sinon de quelques-uns des contrats de l'administration – ne peuvent être appréciées sans considérer les motifs desquels elles procèdent. Les représentations du droit administratif auxquelles les ont articulées les contemporains en font partie en tout premier lieu.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

299. Contrairement à ce qu'indique une opinion communément répandue dans la doctrine contemporaine, la doctrine administrative du XIX^e siècle (spécialement pour les deux derniers tiers) a tenu sur les contrats de l'administration des considérations dont la pénétration est incontestable. Si ces dernières sont radicalement différentes des nôtres, elles n'en sont pas moins sensées. Plus encore, il est malaisé d'attribuer au contrat administratif – dans son acception actuelle – des origines qui remontent jusqu'au XIX^e siècle. Cette période vit s'épanouir au sujet des contrats de l'administration des doctrines dont il est difficile de penser qu'elles s'apparentent uniquement à un proto-concept ou une proto-théorie, c'est-à-dire à la formalisation imparfaite d'un concept ou d'une théorie consacré(e) plus tard au cours de l'âge d'or du droit administratif – dans le premier XX^e siècle. Les doctrines du XIX^e siècle n'ont pas été frustes, rudimentaires, embryonnaires d'une théorie à venir, comme si leurs auteurs ne pouvaient proposer rien d'autre, condamnés qu'ils auraient été à accompagner un droit printanier dont les fruits ne pouvaient encore parvenir à maturité. Ce biais historique consistant à assigner au droit administratif une adolescence est tout à fait critiquable. Seulement, une telle inclination a profondément affecté l'historiographie du droit administratif. Nos développements essayent de convaincre que les administrativistes du XIX^e siècle – sinon certains d'entre eux – surent proposer une représentation du droit administratif réfléchie, à l'exposition de laquelle les contrats de l'administration ont été mobilisés. Les doctrines qui en résultèrent ne sont pas à déprécier pour cette raison qu'elles ont depuis été abandonnées. Toutes sont nécessairement contingentes à de nombreux points de vue. C'est sous ce biais qu'elles doivent être historiquement appréciées. En les considérant pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire des entreprises doctrinales adressées à leurs contemporains, il est plus facile d'être sensible aux manières dont les contrats de l'administration ont été saisis et compris. Les administrativistes surent les appréhender d'après leur faculté à développer une représentation systématique du droit administratif – fût-elle différente de la nôtre. Ce fut notamment le cas de ceux qui formalisèrent des contrats administratifs afin d'étayer une certaine acception de la séparation des autorités administrative et judiciaire, fondatrice d'une science spécifique du droit administratif. Même ceux qui – ultérieurement – marginalisèrent les contrats de l'administration, déployèrent à leur propos une appréhension utile pour préciser leur représentation du droit administratif. Il nous paraît malaisé – pour le XIX^e siècle comme pour le nôtre – de considérer les contrats de l'administration en négligeant à quel point les différentes conceptions que les auteurs leur prêtèrent, participent du schéma intellectuel employé à se représenter le droit qui s'y rapporte.

Un mot encore s'impose : notre démonstration ne doit pas conduire à penser que les administrativistes du XIX^e siècle auraient développé une théorie analogue à celle que nous déployons aujourd'hui autour des contrats administratifs – ou sinon des contrats publics. D'un côté, il n'est pas question d'établir des rapprochements qui s'énonceraient en termes de valeur. D'un autre côté, il ne suffit pas de constater que, au cours du XIX^e siècle, il n'y a eu aucune théorie équivalente à la nôtre – si l'on peut parler de théorie pour ce siècle. Les administrativistes ont été animés par des préoccupations qui leur restent propres, à propos desquelles il est vain d'évaluer leurs qualités. Une telle posture est opportune lorsqu'il s'agit d'évaluer la pertinence d'une théorie contemporaine au point de vue du droit positif ou des enjeux qu'elle recouvre. Elle ne l'est pas dans une démarche historique, car celle-ci ne doit pas consister à exclure ou bien à hiérarchiser selon une échelle de valeur subjective. Cela nous amènerait insensiblement à verser dans des anachronismes. Au contraire, il est question d'explicitier les ressorts des entreprises doctrinales étudiées, en assimilant le fait qu'elles sont nécessairement contingentes de l'époque où elles ont été déployées. Si le pluriel s'impose pour le XIX^e siècle, les doctrines abordées ne doivent pas être déconsidérées par cela seul qu'elles n'ont jamais envisagé les contrats de l'administration suivant une approche portée à en formaliser l'unité.

SECONDE PARTIE

LE CONTRAT ADMINISTRATIF : DE LA CONTINGENCE D'UN CONCEPT À L'HÉGÉMONIE D'UNE THÉORIE (1880-1960)

300. Les administrativistes du XIX^e siècle n'ont pas manqué de mettre en discours les contrats de l'administration, notamment (pour ceux du deuxième tiers) en conférant aux contrats administratifs une portée spécifique, destinée à étayer une certaine représentation du droit administratif ; ou bien (pour ceux de la seconde moitié) en marginalisant les contrats au sein du droit administratif afin de mettre en exergue les actes d'autorité. Ils ont développé de multiples doctrines au travers desquelles les contrats de l'administration ont été diversement appréhendés. Force est d'admettre que ces réflexions ne sont pas celles que l'on se figure parfois – frappées d'imperfections et jamais si développées qu'elles ne puissent être appréciées comme des doctrines à proprement parler. Celles-ci doivent être estimées d'après les époques auxquelles elles participent, en se gardant de généralisations hâtives qui nous font franchir la cime des siècles. Nous ne sommes pas jusqu'à penser qu'aucune comparaison historique ne puisse être pertinente. Seulement, nous sommes sceptique vis-à-vis d'une démarche qui consisterait à rechercher les origines d'un concept (ou d'une théorie) en y rapportant systématiquement tout ce qui le précède. Si le passé peut être employé à l'avenir, le présent ne doit pas déterminer notre approche du passé. Jusqu'alors, notre propos a été d'historiciser les doctrines abordées en les appréciant à l'aune des préoccupations de leurs auteurs. Nous nous engageons dans cette seconde partie en souhaitant poursuivre cette démarche. Pour cela, nous embrasserons la première moitié du XX^e siècle afin d'étudier la genèse de la théorie des contrats administratifs (années 1920-1930) et sa consécration peu après (années 1950-1960) (**titre IV**). En outre, nous avons intégré dans nos développements les décennies d'avant-guerre pour y faire comparaître des auteurs parmi lesquels plusieurs ont été de ceux qui, dans l'Entre-deux-guerres, ont contribué à la

théorisation des contrats administratifs. Il s'est agi de démontrer que cette entreprise doctrinale procède des années 1920 : sa genèse est contingente du droit administratif de l'Entre-deux-guerres, sans quoi elle demeure incompréhensible. Les administrativistes de la Belle Époque ont si bien tenu le contrat en suspicion qu'aucun ne se laissa aller à envisager un contrat qui fût proprement administratif, c'est-à-dire autonome du droit privé. Le contrat a été approprié par les privatistes qui l'employèrent à caractériser l'identité du droit privé. Soucieux de faire reconnaître leur doctrine comme l'égale de la doctrine privatiste, quoique autonome de celle-ci, les publicistes les plus engagés en ce sens rejetèrent un contrat qui dénotait le droit privé (**titre III**). Cette locution fut-elle absente de cette période ? Non, mais alors elle véhiculait une signification familière du XIX^e siècle, strictement circonscrite à la compréhension du contentieux administratif. C'est en ce sens que le Conseil d'État entendit le contrat administratif, sans jamais être préoccupé par l'idée de poser les prémices d'une conceptualisation des contrats administratifs. Certains de ses arrêts furent, ultérieurement, employés à fonder une telle théorie, mais il s'agit là d'une interprétation rétrospective proposée dans les années 1920 (**titre I**). D'ailleurs, les contrats administratifs recouvraient une hétérogénéité de conventions traversées par des réflexions spécifiques, dont les trajectoires n'ont jamais convergé vers cette idée qu'ils fussent différents – par le genre – des contrats privés (**titre II**). Voilà pourquoi, avant de nous attacher à la genèse de la théorie des contrats administratifs dans l'Entre-deux-guerres, il est indispensable de montrer que, tout du long de la Belle Époque, il n'y a eu aucun témoignage attestant d'une semblable entreprise doctrinale.

TITRE PREMIER

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS : UNE LOCUTION CORRÉLÉE À LA COMPÉTENCE ADMINISTRATIVE (1880-1940)

301. L'on se donne communément à voir le contrat administratif comme un concept caractéristique d'un aboutissement doctrinal (d'un progrès disent certains), à l'aune duquel s'apprécie la genèse du droit administratif moderne. Il fait figure d'un terme auquel l'histoire se rapporte en y sacrifiant le pluriel : avant le contrat administratif, rien ou presque ; hors le contrat administratif, le néant. Nous continuons peut-être à entretenir la mémoire de quelques administrativistes qui, à l'aube du XX^e siècle, furent farouchement opposés à la compétence contractuelle du Conseil d'État. Cela dit, les doctrines qu'ils ont portées ne cessent d'être présentées comme des incongruités, par le contraste desquelles la modernité de la jurisprudence administrative (de la Belle Époque) se fait mieux sentir. Ils ne font qu'attester d'un archaïsme persistant. Et mieux encore, ils isolent un peu plus Édouard LAFERRIÈRE au point de le présenter comme un génie prophétique. Les doctrines hétérogènes au concept moderne de contrat administratif sont appréciées rétrospectivement, si bien que leur valeur est souvent dépréciée. Cela dé-historicise ce même concept en le prêtant à une compréhension biaisée, inappropriée pour rendre compte de la contingence de sa genèse. C'est pourquoi il nous paraît nécessaire de prêter une attention particulière aux réflexions dont les contrats de l'administration ont été l'objet au point de vue du contentieux administratif – principalement des années 1880 jusqu'aux années 1920. Au cours de cette période, la juridiction administrative fut l'objet d'opinions contrastées. Il serait commode de se les expliquer par une prévention qui fût tout à fait excessive vis-à-vis du Conseil d'État, devenue hors de propos sous un régime républicain. Des débats parlementaires jusqu'à la jurisprudence du Conseil d'État, les contrats de l'administration ont systématiquement été attirés à l'examen de la compétence administrative. Les discours développés à cette occasion aident à se représenter le champ des possibles qui borne l'horizon des contemporains de l'époque choisie. Leur confrontation fait voir les ressorts de chacun, en nous convainquant une fois de plus qu'ils ne peuvent être isolés, comme si les contrats de l'administration avaient constitué un sujet autonome par le seul fait d'être embrassés par une locution générique. Au contraire, ils n'ont été appréhendés qu'au travers des représentations (concurrentes) du droit administratif auxquelles ils ont été associés. C'est en y étant mobilisés que leur

signification a été spécifiée et qu'elle peut, aujourd'hui, être comprise. Ce titre tend à démontrer que s'il y eut des réflexions récurrentes sur ces contrats, jamais il ne fut question de contrats administratifs – au sens où l'entend notre concept. Ni dans les débats parlementaires qui éprouvèrent la juridiction administrative (**chapitre 1**) ; ni parmi les administrativistes qui discutèrent des fondements du contentieux administratif jusqu'à la Grande Guerre (**chapitre 2**) ; ni même dans la jurisprudence du Conseil d'État sur la même période (**chapitre 3**). Nous nous attacherons spécialement à convaincre que les arrêts, classiquement présentés comme fondateurs du concept de contrat administratif, ne l'ont nullement été. Ils ont été rétrospectivement employés dans les années 1920 à étayer une conceptualisation du contrat administratif. Nous nous limiterons à exposer que ni le Conseil d'État, ni les contemporains qui en réceptionnèrent la jurisprudence n'ont ce faisant formalisé un tel concept dont l'idée même leur fut absolument étrangère. Précisons que les bornes chronologiques de ce titre sont déterminées *a maxima* par les critiques parlementaires dirigées contre la juridiction administrative, et qui se sont étalées de la fin du XIX^e siècle jusque dans les années 1930.

Chapitre premier

Le contentieux contractuel pris à parti par les critiques parlementaires sur la juridiction administrative

302. Pour une période couvrant les premières années de la Troisième République jusqu'au Régime de Vichy, nous avons recensé plus de soixante-dix projets de loi ou propositions de loi afférents à la juridiction administrative et dont bien peu parvinrent à terme. Qu'il soit question du Conseil d'État, des conseils de préfecture ou bien de la juridiction administrative prise ensemble, tous firent l'objet de critiques récurrentes. Celles-ci aboutirent rarement à des réformes dont le compromis nécessaire fut trop délicat à établir, à moins qu'elles n'aient été portées par le souci de manifester une distanciation, voire une réprobation vis-à-vis de l'État jacobin et républicain. Pareillement à ce que nous avons vu sous la Restauration, le contentieux contractuel fut fréquemment mis en exergue pour viser les faiblesses de la juridiction administrative (**section 1**). Décrédibilisé par l'engorgement chronique de son prétoire, le Conseil d'État fit l'objet de nombreux débats afin d'en repenser les fonctions. Si sa juridiction contentieuse fut rarement menacée, la soustraction du contentieux contractuel fut souvent présentée comme un compromis possible, susceptible d'aider à des solutions expédientes. Cette inclination à refouler ce contentieux vers la compétence judiciaire indique suffisamment la manière dont il fut conçu par les parlementaires (**section 2**).

Section première. – Dévaluer le contentieux contractuel pour critiquer la juridiction administrative

**303. Les contrats de l'administration saisis par l'urgence d'une réforme de la
juridiction administrative.** – La théorie esquissée par Édouard LAFERRIÈRE au sujet de la séparation des autorités administrative et judiciaire, en n'ayant rien d'inédite puisqu'elle s'inspire de la doctrine universitaire qui la précède, fut longtemps mobilisée pour contester aux marchés de l'administration un caractère proprement administratif. Tandis qu'une partie des administrativistes se réclama de cette thèse, ce sont les débats parlementaires qui permettent de se représenter pourquoi – jusque dans le premier tiers du XX^e siècle – d'aucuns s'y attachèrent. Entre 1880 et 1940, les chambres furent saisies d'une cinquantaine de projets et propositions de loi portés à réformer la juridiction administrative. Le professeur GONOD affirmait à leur sujet, que *« le contraste entre les innovations dont sont porteurs les projets et l'extrême modestie des réformes accomplies est d'autant plus troublant que, malgré la convergence des solutions mises en*

œuvre, il existe une rupture réelle dans l'appréhension d'une réforme sur la nécessité de laquelle tout le monde s'accorde »¹. Nombre de ces projets de réforme ont eu pour objet de parer à un vice structurel du Conseil d'État : l'encombrement de la section du contentieux. Alors que la Première Guerre mondiale avait encore exagéré cette situation, le professeur JÈZE s'en indignait avec force en 1918 : « *C'est un devoir pour chacun de protester et de demander au Parlement de voter les mesures qui décongestionneront le Conseil d'État et lui permettront de juger avec plus de célérité. L'état des choses actuel est un scandale intolérable* »². Nombre de solutions furent examinées, certaines appliquées³. Parmi celles-là, il en est plusieurs qui touchèrent à la répartition des compétences entre les autorités judiciaires et administratives. Articulée à une réflexion sur les fonctions devant être reconnues au Conseil d'État, il fut souvent question d'alléger – ou plutôt de recentrer – l'activité contentieuse du Conseil d'État en lui soustrayant tous les litiges qui lui ont été attribués sans qu'ils ne relèvent pour autant du contentieux administratif par nature. Incarnant ces revendications, les contrats de l'administration furent systématiquement mis en avant pour démontrer l'artificialité de cette partie du contentieux administratif.

- 304.** C'est en ce sens que le député Louis RICARD déposa une proposition de loi « *modifiant les attributions du conseil d'État, réduisant le contentieux administratif et augmentant la compétence des tribunaux judiciaires* »⁴. Elle intervient peu de temps après que le gouvernement a saisi la Chambre des députés d'un projet de loi tendant à faire de la section de législation une seconde section du contentieux⁵. En dénonçant ce qui dans ce projet de loi « *tend à développer d'une façon exagérée le rôle du conseil d'État comme juridiction* »⁶, le député RICARD suggéra entre autres choses de proportionner le contentieux administratif à ses limites naturelles. À cet effet, le *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'Édouard LAFERRIÈRE y est interprété avec une liberté qui outre peut-être l'esprit de son auteur et biaise certainement le sens de sa doctrine. Celui-ci n'a fait aucun mystère sur la manière dont il appréhendait les marchés de

¹ GONOD Pascale, « La réforme de la justice administrative, 1888-1940 », in BIGOT Grégoire & BOUVET Marc (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 268.

² JÈZE Gaston, « Note de jurisprudence », in *R.D.P.* 1918, p. 406. Cet avertissement n'est pas le seul que fit cet auteur dans la *Revue du droit public* : cf. « Les lenteurs de la procédure du recours pour excès de pouvoir » (*R.D.P.* 1911, p. 291) ; « Lenteurs de la procédure devant le Conseil d'État. Statistiques » (*R.D.P.* 1916, p. 65) & « Les lenteurs de la juridiction administrative » (*R.D.P.* 1921, p. 377).

³ Cf. à ce sujet les travaux du professeur GONOD : outre l'article précité, son ouvrage intitulé *Le Conseil d'État et la refondation de la justice administrative* (Paris, Dalloz, 2014). En s'arrêtant à la frange du XIX^e siècle, l'ouvrage du professeur PACTEAU recouvre partiellement notre sujet : *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative au XIX^e siècle* (Paris, P.U.F., 2003, p. 177 sq.).

⁴ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1891, t. 2, p. 469 (annexe n° 1452 ; séance du 30 mai 1891).

⁵ Cf. *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1891, t. 1, p. 798 (annexe n° 1282 ; séance du 10 mars 1891).

⁶ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1891, t. 2, p. 471 (annexe n° 1452 ; séance du 30 mai 1891).

l'administration : « *Ils sont, en même temps que des contrats, de véritables opérations administratives étroitement liées à la marche des services* »⁷. Cependant, sa conception de la séparation des autorités administrative et judiciaire ménage des équivoques qu'il n'est pas rare de voir fructifier par des citations tronquées – comme celle du député RICARD :

Cette distinction [entre les affaires administratives par nature et celles qui le sont par détermination de la loi] ne doit pas non plus être perdue de vue par ceux qui raisonnent sur l'état de notre législation et sur la part plus ou moins large qui pourrait être faite à la compétence judiciaire. Aucun motif d'ordre constitutionnel ne s'opposerait *a priori* à ce que le contentieux des travaux publics, des marchés de l'État, de certaines obligations pécuniaires du Trésor, fût porté devant les tribunaux, comme l'est déjà le contentieux de la plupart des affaires domaniales⁸.

Celui-ci se garde bien de poursuivre les propos d'Édouard LAFERRIÈRE – lesquels dénotent *in fine* une démarche où le raisonnement du juriste se complique de la clairvoyance de l'administrateur : « *Sans doute, une telle réforme ne devrait être abordée qu'avec beaucoup de circonspection et elle ne pourrait guère être tentée avec nos lois actuelles d'organisation judiciaire et de procédure. Mais enfin elle pourrait être inopportune sans être inconstitutionnelle* »⁹. Nous avons précédemment analysé la doctrine de cet auteur pour conclure qu'elle est plus celle d'un didacticien syncrétique que celle d'un théoricien subversif. Il n'empêche que certains – avec sincérité sans doute – lui prêtèrent des opinions dissemblables de celles qu'il a pu développer. Quelques-unes d'entre elles ont été employées à des démonstrations en vue d'explicitier des conclusions auxquelles LAFERRIÈRE n'a sûrement pas adhéré¹⁰. N'est-ce pas le sort des ouvrages renommés de se prêter à de si nombreuses interprétations que souvent l'auteur n'est plus convoqué que nominalelement pour ainsi dire ? Distingué par un succès remarquable, le *Traité de la juridiction administrative* fut souvent mobilisé au seul titre du crédit doctrinal dont il était le vecteur. Toutes les propositions de loi suggérant une restriction de ce contentieux s'attachent l'autorité du président du Conseil d'État – démarche à propos de laquelle il n'est pas impossible de penser qu'elle participe d'une tactique parlementaire.

305. L'exemple topique d'une initiative parlementaire portée à réorganiser le Conseil d'État. – La proposition du député Louis RICARD repose sur cette opinion suivant quoi les marchés administratifs ressortissent à des juridictions différentes,

⁷ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault & C^{ie}, 1887-1888 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 134.

⁸ *Id.*, t. 1 (1887), p. 9.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ La seconde édition de son traité nous l'indique avec certitude. Publiée en 1896, Édouard LAFERRIÈRE rend compte des réformes qui furent envisagées devant les chambres entre 1888 et 1895. À cette occasion, il fait part de ses dissentiments en indiquant ses idées propres (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault & C^{ie}, 1896 (2^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 279 *sq.*).

suivant une répartition irrégulière. À l'instar de certains contemporains, il suggère de remettre à la juridiction judiciaire le contentieux des marchés émanant des administrations autres que l'État¹¹. Dans ce cas de figure, « *il s'agit de la connaissance d'un contrat de droit commun* »¹². Il réfute l'idée qu'il soit besoin de connaissances particulières pour connaître de leur contentieux : les tribunaux judiciaires connaissent bien ces marchés puisqu'ils ont à connaître des litiges qui surviennent avec les sous-traitants des entrepreneurs et fournisseurs. De même réfute-t-il l'idée suivant laquelle le juge compétent dût être pénétré d'une certaine conscience de l'intérêt général : « *N'oublions pas (...) que, dans les litiges relatifs aux marchés de travaux publics, le juge n'a pas à connaître de l'intérêt public proprement dit, mais seulement à examiner si un entrepreneur est lié par telle ou telle clause de son traité et s'il a exécuté son travail conformément aux stipulations de son contrat* »¹³. Ces arguments n'ont rien d'inédit. Et pourtant ils trouvent une force particulière dans les enjeux qui les font surgir. En réagissant à la saturation du Conseil d'État au contentieux, cet auteur souhaite recadrer ses missions autour des attributions administratives et législatives. Tout en étant analogue à des propositions déjà avancées dans le même sens, cette initiative s'en singularise en participant d'une problématique contemporaine de la fin du XIX^e siècle : l'incapacité structurelle de la juridiction administrative à accuser l'évolution d'un contentieux administratif qui s'enrichit par de nouvelles attributions¹⁴ ou par l'effet d'une hypertrophie de certains contentieux préexistants¹⁵. Or, ce député ne propose pas une réorganisation du Conseil d'État qui lui permettrait de juger plus rapidement. Il analyse la situation présente comme un dévoiement de l'institution : le Conseil d'État a trop à juger parce qu'il concentre trop exclusivement ses efforts sur une attribution secondaire qui le détourne des principales : conseiller le gouvernement et le parlement.

¹¹ Pour les marchés de travaux publics *de l'État*, il est réticent à admettre la compétence judiciaire, car celle-ci permettrait aux tribunaux d'interpréter les articles des cahiers des charges sur lesquels ils reposent. Pour les marchés de fournitures *de l'État*, il indique ce en quoi ils diffèrent des contrats analogues passés par les départements, les communes et les établissements publics : « *Il faut noter (...) que c'est à l'autorité administrative qu'est attribué le pouvoir de statuer sur toutes les contestations survenues en matière de marchés de fournitures passés au nom de l'État* » (*Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1891, t. 2, p. 474 ; annexe n° 1452, séance du 30 mai 1891).

¹² *Id.*, p. 474.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Il s'agit surtout du contentieux électoral local – ce d'autant plus que le caractère suspensif du recours devant le Conseil d'État a suscité un encombrement du rôle avec le développement de procès dilatoires. De même, la décentralisation administrative a vu l'augmentation des recours pour excès de pouvoir exercés à l'encontre des décisions des conseils municipaux.

¹⁵ Édouard LAFERRIÈRE l'indique dans son traité. En dehors du contentieux lié aux administrations communales et départementales, certains contentieux ont connu une nette augmentation par l'effet de politiques publiques. Comme par exemple les travaux publics, avec « *la création d'un nouveau réseau de voies ferrées, l'amélioration des voies navigables et des ports maritimes, l'établissement de nouvelles lignes de défense sur la frontière et autour des places de guerre, l'extension du réseau vicinal, et en général le grand développement des travaux communaux* » (*Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 247). Il fait notamment référence à l'aménagement d'une ligne de fortifications sous la direction du général SÉRÉ DE RIVIÈRES ; ainsi qu'au plan FREYCINET, destiné à moderniser les infrastructures de communications (1878).

306. La précarité de cette situation réactiva les critiques faites à l'endroit d'une juridiction administrative dénigrée (l'organisation surannée des conseils de préfecture) ou déconsidérée (un Conseil d'État débordé). Malgré l'assise pérenne de la justice administrative, le foisonnement de ces initiatives parlementaires conféra à certaines thèses jusqu'alors marginales une valeur réactualisée. S'il fut le plus souvent question de réformer la juridiction administrative, certaines des solutions envisagées préconisèrent sa suppression pure et simple¹⁶ en s'évertuant à renverser les arguments dont la synthèse a été réalisée peu avant dans un rapport remarquable¹⁷. Dans ce contexte, le contentieux des marchés de l'administration fut de nouveau mobilisé pour argumenter en faveur d'une restriction du contentieux administratif (comme l'atteste par exemple la proposition du député RICARD) ou de l'unité de juridiction¹⁸. Présenté comme un contentieux artificiellement distrait de la juridiction judiciaire par des textes spéciaux, d'aucuns critiquèrent le contentieux contractuel comme encombrant, sinon surabondant. C'est par son point le plus délicat que la juridiction administrative fut une nouvelle fois mise en débat. Professeur à la faculté libre de droit de Lyon, Antoine SAINT-GIRONS en atteste :

C'est surtout à propos de ces diverses affaires [celles relatives aux contrats de l'administration] que la juridiction administrative a été accusée de commettre des empiétements sur la juridiction civile et de priver les particuliers de toute garantie pour leurs droits. Sur la plupart de ces questions, des controverses ont existé ou existent encore¹⁹.

¹⁶ C'est surtout à partir des années 1890 que les critiques adressées au principe même de la juridiction administrative reprirent une certaine vigueur. L'avocat Gaston PRIVAT l'indique lui-même : « *C'est de la témérité de venir après de savants spécialistes et d'éminents jurisconsultes se prononcer sur un sujet tant de fois agité, ayant suscité de si nombreuses controverses, et tranché en définitive jusqu'ici, sans espoir appréciable de retour, par le maintien du statut quo au profit de la juridiction administrative. Il ne nous a pas paru cependant que la question fût définitivement fermée. La brillante discussion à laquelle elle a donné lieu récemment devant l'Académie des sciences morales et politiques indique le sujet reste toujours vivant et ouvert* » (« De l'unité de juridiction ou de la suppression des tribunaux administratifs », in *Revue catholique des institutions et du droit* 1894, XIII (2^e série), p. 424). Suscités par l'académicien René BÉRENGER, les débats auxquels cet auteur fait allusion sont moins la cause de ces nouvelles controverses qu'ils ne les amplifient (il s'agit en l'occurrence d'une discussion engagée à l'occasion d'un rapport sur la « Réorganisation de la justice administrative en Italie », présenté par Rodolphe DARESTE : cf. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1894, CXLI, p. 80 sq.).

¹⁷ *Rapport présenté au ministre de l'intérieur par la commission chargée d'étudier les bases d'un projet de loi relatif à l'organisation et aux attributions des conseils de préfecture*, Paris, Imprimerie nationale, 1874. Cette commission fut instituée par le ministre de l'intérieur Victor LEFRANC (1872), suite à la proposition du député RAUDOT (1871) et au rapport de LEFÈVRE-PONTALIS (1872) envisageant la suppression des conseils de préfecture. Rendu le 20 janvier 1873, le rapport (dit DURANGEL) envisage méticuleusement – sous la plume de son secrétaire, Albert LAVALLÉE – tous les points exposant la juridiction administrative à des controverses. Il contient, en outre, des annexes abondantes d'une grande richesse.

¹⁸ L'unité de juridiction fut abondamment traitée dans les premières décennies de la Troisième République *via* les réflexions auxquelles se prêta la séparation des pouvoirs. Le député puis sénateur CHASTENET s'en fit l'écho dans la décennie de 1900. Il déposa trois propositions de loi portées à instituer une chambre administrative à la Cour de cassation : – devant la Chambre des députés, le 8 décembre 1908 (annexe n° 2153) et le 29 octobre 1910 (annexe n° 426) ; – puis devant le Sénat, le 25 février 1913 (annexe n° 38).

¹⁹ SAINT-GIRONS Antoine, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, Larose, 1881, p. 513.

Toujours vifs, les débats auxquels les contrats de l'administration ont été sujets, ont été de ceux qui appuyèrent le mieux les critiques adressées à la juridiction administrative. Ils ont accompagné ces controverses en épousant les problématiques par lesquelles la juridiction administrative fut éprouvée. Il ne faudrait pas croire cependant que les contrats de l'administration ont été questionnés de la même manière qu'ils l'avaient été auparavant. Sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, ils ont été mobilisés à interroger l'existence même d'un contentieux administratif. À la fin du XIX^e siècle, ils l'ont été pour discuter des insuffisances qui tenaient surtout d'une juridiction administrative mal proportionnée.

307. Le contentieux contractuel : fer de lance des critiques dirigées contre la juridiction administrative. – Le président LAFERRIÈRE écrivait en 1887 : « *Le mouvement des affaires contentieuses depuis 1872 a montré une fois de plus qu'il n'y a point de réformes administratives, pas d'entreprises de grands travaux publics, pas de manifestation nouvelle de la vie nationale qui n'ait son contre-coup dans le contentieux administratif* »²⁰. La Première Guerre mondiale n'eut pas d'autres conséquences : le contentieux des fournitures inquiéta certains parlementaires qui s'associèrent au gouvernement pour le confier aux tribunaux judiciaires. En 1916, la Chambre des députés vota une résolution invitant le gouvernement « *à provoquer les mesures législatives comme à prendre les décisions réglementaires qui s'imposent impérieusement pour activer le jugement des affaires arriérées pendantes devant le Conseil d'État statuant au contentieux* »²¹. C'est pour y réagir que le garde des sceaux – René VIVIANI – la saisit d'un projet de loi « *portant attribution de compétence aux tribunaux civils pour les marchés de travaux publics et de fournitures passés par les diverses administrations publiques et aux conseils de préfecture pour toutes les concessions de services publics* »²². L'exposé des motifs révèle assez bien en quoi cette question assimile la problématique de l'encombrement du Conseil d'État :

Il est, dès à présent, certain que l'organisation actuelle du Conseil d'État ne permettra pas, dans la suite, de pourvoir au jugement de l'ensemble des pourvois que la législation actuelle confie à la juridiction administrative. (...)

Il semble (...) plus prudent d'attendre [la fin de la guerre] avant d'entreprendre une réorganisation complète, et de se borner pour le moment à réaliser une réforme très modeste tendant uniquement à empêcher que l'arriéré ne soit augmenté incessamment par deux natures de recours d'ores et déjà certaines : il est sûr, en effet, que nombreux seront les litiges relatifs aux fournitures pendant la guerre et aux marchés de travaux publics pendant les premières années qui suivront la cessation des hostilités.

²⁰ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 247.

²¹ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 190 (annexe n° 1796, séance du 15 février 1916). Cf. à ce propos cet article de Gaston JÈZE : « Lenteurs de la procédure devant le Conseil d'État. Statistiques » (*in* R.D.P. 1916, p. 65).

²² *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 1301 (annexe n° 2407, séance du 25 juillet 1916).

Or, il est facile de transférer la connaissance de ces litiges de la juridiction administrative aux tribunaux²³.

Si une réforme du Conseil d'État est un sujet trop délicat pour être entreprise alors que le conflit sévit encore, la proposition faite de lui soustraire le contentieux contractuel indique à quel point celui-ci était contesté, si bien qu'il pût être aisément sacrifié pour réaliser une transaction provisoire.

308. Son argumentation épouse en un sens la doctrine de LAFERRIÈRE : les marchés publics sont des « *contrats de vente ou de louage d'ouvrage par devis et marché dans des conditions tout à fait identiques à celles du droit civil, que les tribunaux civils ont l'habitude d'apprécier* »²⁴, alors que la concession de service public est « *un contrat essentiellement administratif* », car le « *service fourni par le concessionnaire [l'est] dans l'intérêt du public [et sa rémunération provient des] usagers qui payent un péage ou une redevance fixée par l'autorité publique au moyen de tarifs assez comparables aux tarifs d'impôt* »²⁵. Peu avant, le député CHASTENET signalait également l'opportunité de confier aux tribunaux judiciaires le contentieux contractuel de l'administration – exception faite des concessions. Il insistait pour sa part sur les complications qui résultaient de la distribution du contentieux des marchés entre diverses juridictions – argument que la doctrine administrative avait déjà mobilisé lorsqu'une partie d'entre elle critiqua la juridiction ministérielle dans les années 1870-1880.

À côté des marchés de travaux publics [dont la compétence échoit systématiquement aux conseils de préfecture] se placent les marchés de fournitures. (...) La compétence administrative n'est pas aussi générale pour les marchés de fournitures que pour les marchés de travaux publics. Elle ne s'applique qu'aux marchés de l'État et des colonies, dont le contentieux appartient, d'après le décret du 11 juin 1806 (art. 13) (*si*), au conseil d'État, qui statue en premier et dernier ressort²⁶.

Du reste, les propositions de loi tendant à la suppression des conseils de préfecture avancèrent souvent l'idée de confier aux tribunaux le contentieux contractuel de l'administration²⁷. Aiguillonnés par la nécessité de réformer la justice administrative, plusieurs parlementaires eurent le souci de proportionner le contentieux administratif à ses limites naturelles, en s'entendant généralement pour le circonscrire aux recours pour excès de pouvoir, au contentieux des contributions directes ainsi qu'aux contentieux électoraux. De ce point de vue, le contentieux contractuel fut

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Id.*, p. 1302.

²⁶ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session extraordinaire de 1908, p. 191 (annexe n° 2153, séance du 8 décembre 1908). Il s'agit d'une proposition de loi déposée par le député CHASTENET (et d'autres), tendant à modifier la compétence des conseils de préfecture, ainsi qu'à assurer l'unité de juridiction en instituant une chambre administrative à la Cour de cassation.

²⁷ Depuis la proposition de loi du député Joseph CHEVILLON (15 décembre 1886, annexe n° 1397) jusqu'à celle – par exemple – du député René LAFARGE (31 juillet 1924, annexe n° 412).

fréquemment dénoncé comme un embarras pour la justice administrative : une excroissance surannée, un dépôt anachronique de l'administration consulaire²⁸. Tout en citant le traité du président LAFERRIÈRE – pas toujours à propos –, ces parlementaires ne manquent pas d'évoquer des idées classiques : « *La qualité d'une des parties dans un contrat ne saurait modifier la compétence* »²⁹ ; « *les contestations qui peuvent surgir entre l'administration et ses entrepreneurs sont exactement de la même nature que celles qui naissent journellement entre les particuliers et les entrepreneurs* »³⁰ ; « *le marché passé avec un entrepreneur ou un ouvrier n'est rien d'autre qu'un contrat, – louage de services, entreprise, concession, – régi par les principes du droit civil et par les stipulations des parties* »³¹ ; « *les contestations se rattachant aux actes de gestion des services publics ne figurent qu'à titre exceptionnel dans le contentieux administratif et (...) elles doivent être portées devant l'autorité judiciaire, si l'on applique les règles normales de compétence tracées entre la juridiction civile et la juridiction administrative* »³² ; « *les marchés de travaux publics passés par l'administration sont des actes de gestion : les tribunaux judiciaires doivent donc connaître toutes les difficultés qui peuvent en naître* »³³ ; « *il s'agit de rechercher la volonté des parties qui fait loi, aussi bien pour la personne publique que pour le particulier qui a traité avec l'administration* »³⁴. C'est précisément sous ce rapport que le contentieux contractuel du Conseil d'État fut discuté : inutile, il participe à son encombrement.

²⁸ Ainsi par exemple, le député Émile FLOURENS écrivait dans l'exposé des motifs de sa proposition de loi tendant à la suppression des conseils de préfecture : « *Nous ne sommes plus à l'époque où le législateur estimait que l'État, dans ses contrats avec les citoyens, devait échapper à l'application des règles du droit commun, se soustraire au respect des prescriptions de la justice et d'imposer, au nom de je ne sais quelle raison d'État, des conditions d'une rigueur exceptionnelle* » (*Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1903, p. 73 ; annexe n° 678, séance du 19 janvier 1903).

²⁹ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1899, p. 454 (annexe n° 624, séance du 17 janvier 1899). Il s'agit d'une proposition de loi du député Émile MORLOT, tendant à la suppression des conseils de préfecture.

³⁰ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1903, p. 73 (annexe n° 678, séance du 19 janvier 1903). Il s'agit d'une proposition de loi du député Émile FLOURENS, tendant à la suppression des conseils de préfecture.

³¹ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1903, p. 317 (annexe n° 830, séance du 23 mars 1903). Il s'agit d'une proposition de loi du député Georges GROSJEAN, tendant à la suppression des conseils de préfecture.

³² *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1909, p. 1364 (annexe n° 2676, séance du 9 juillet 1909). Il s'agit d'un rapport parlementaire du député Justin RIGAL, produit au sujet d'un projet de loi (déposé le 13 juillet 1908) ayant pour objet la substitution de tribunaux administratifs aux conseils de préfecture.

³³ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1921, p. 2061 (annexe n° 2950, 2^e séance du 1^{er} juillet 1921). Il s'agit d'une proposition de loi des députés Georges AIMOND & Jean-Baptiste SAGET, tendant à la suppression des conseils de préfecture.

³⁴ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1921, p. 1889 (annexe n° 2803, séance du 16 juin 1921). Il s'agit d'une proposition de loi du député LAFARGE (et d'autres) tendant à la suppression des conseils de préfecture.

Section 2. – Discuter du contentieux contractuel pour désengorger le Conseil d'État

309. Critiquer le contentieux contractuel ; redéfinir le contentieux administratif ; rééquilibrer les attributions du Conseil d'État. –

Ces initiatives pour soustraire une partie du contentieux administratif ou bien réaliser l'unité de juridiction, rencontrèrent bien d'autres vues concurrentes, échafaudées à partir d'une réforme de la juridiction administrative³⁵. Cela dit, leur récurrence – bien qu'elles n'aboutirent qu'à des rapports parlementaires rarement débattus en séance plénière – signale la permanence d'une conception du contentieux administratif formalisée depuis le Second Empire jusqu'aux premières décennies de la Troisième République. Une conception fondée sur la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Cette adhésion, loin de procéder d'un conservatisme obscurantiste, soutient une certaine représentation de la juridiction administrative dominée par le rôle conféré au Conseil d'État : « *Il n'est pas, ne doit pas et ne peut pas n'être qu'une "juridiction"* », au risque de « *troubler l'harmonie établie par l'histoire, la législation, les besoins d'un grand pays démocratique, entre les trois fonctions que remplit le conseil d'État* » – ainsi que l'indiquent les députés BARTHE & FÉLIX³⁶. Soucieux de ne pas surcharger l'activité contentieuse de cette institution, l'encombrement de son rôle avec l'accroissement de ses attributions suscita des interrogations quant au devenir du Conseil d'État. « *Les affaires contentieuses sont devenues envahissantes, (...) et si l'on n'y prend garde, elles vont dénaturer et réduire le corps au rôle d'un simple tribunal* »³⁷. Il s'est agi en d'autres termes de cantonner ses attributions juridictionnelles dans des proportions modestes, strictement délimitées par une application stricte de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Le Conseil d'État serait moins le régulateur des administrations publiques qu'un conseil placé auprès du gouvernement et des chambres pour aider à l'élaboration de la Loi. Les députés précités d'une part et le député BENDER de l'autre³⁸, ont assimilé un article signalé : celui du maître des requêtes LE GOUIX, qui affirmait que « *les affaires contentieuses sont devenues [si] envahissantes [qu'elles risquent de] dénaturer et [de] réduire [le Conseil d'État] au rôle d'un simple tribunal* »³⁹.

³⁵ Le député Justin RIGAL, auteur d'un rapport parlementaire rédigé à ce sujet, en fait un résumé exhaustif. Cf. *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1909, p. 1348 (annexe n° 2676, séance du 9 juillet 1909).

³⁶ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1920, p. 487 (annexe n° 578, séance du 19 mars 1920). Il s'agit d'une proposition de loi des députés Édouard BARTHE & Jean FÉLIX tendant à réduire le contentieux administratif.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Cf. *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1925, p. 512 (annexe n° 1469, 2^e séance du 26 mars 1925). Il s'agit d'une proposition de loi du député BENDER (et d'autres), tendant à réorganiser le Conseil d'État en réduisant ses attributions contentieuses.

³⁹ LE GOUIX Maurice, « Le Conseil d'État et les innovations nécessaires », in *R.G.A.* 1919, II, p. 11.

310. C'est surtout à partir des années 1890 – comme nous l'avions indiqué – que les activités consultatives et juridictionnelles du Conseil d'État furent confrontées l'une à l'autre. Un projet de loi destiné à juguler l'encombrement de la section du contentieux en atteste⁴⁰. « *La réforme qui s'impose a un double objet. Hâter l'expédition des affaires contentieuses et faire participer le conseil à la grande œuvre législative sont les deux données capitales du problème* »⁴¹. Celui-ci projetait en effet de substituer à la section de législation, tout juste créée en 1879, une seconde section du contentieux – mesure qui traduit une certaine idée des fonctions imputées au Conseil d'État. C'est pour manifester son opposition tout en esquissant une solution alternative que le député RICARD prit l'initiative d'une proposition de loi (précitée) la même année. Il est tout autant préoccupé par la préservation de l'organe principal de l'activité législative du Conseil d'État – la section de législation, bien que sous-employée – que par la réduction du contentieux administratif à des proportions mieux senties avec le potentiel de travail de la section du contentieux. Aussi s'indigne-t-il profondément contre ce projet gouvernemental qui entrevoit de supprimer celle des sections qui « *doit être l'âme d'un conseil d'État* »⁴².

À côté des sections administratives ou contentieuses composées de compétences spécialisées et portées par là même à restreindre leurs points de vue, à faire trop souvent place aux minuties administratives, la section de législation doit défendre au sein du conseil les grandes vues de droit public ou privé qui dominent notre législation et corriger ainsi ce qu'il peut y avoir d'excessif dans les préoccupations d'autres membres du conseil⁴³.

À l'instar du professeur DUCROCQ selon qui cette section « *correspond directement à la plus haute des fonctions du conseil d'État* »⁴⁴, le rapporteur de ce projet – le député Camille KRANTZ – ne fut pas moins ferme à repousser une telle alternative.

Sans doute l'exercice de la juridiction administrative suprême est une partie très importante des attributions du conseil d'État ; sans doute il faut, en présence de l'empressement et de la confiance des justiciables, leur donner plus de juges, tout au moins pour en finir avec cette masse d'affaires arriérées qui risquerait d'arrêter le cours de la justice. Mais ce serait une erreur et une erreur grave de tout sacrifier à cette nécessité. On ne peut, sans dommage pour la chose publique, réduire le conseil d'État à n'être plus qu'un tribunal administratif. Mieux vaudrait, à coup sûr, lui enlever parmi ses attributions contentieuses toutes celles qui peuvent être remises à l'autorité judiciaire, sans porter atteinte au principe essentiel de la séparation

⁴⁰ Cf. *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1891, t. 1, p. 798 (annexe n° 1282, séance du 10 mars 1891). Il s'agit d'un projet de loi déposé devant la Chambre des députés par le ministre de la justice (FALLIÈRES) et le ministre des finances (ROUVIER), tendant à la création d'une seconde section du contentieux au sein du Conseil d'État.

⁴¹ VARAGNAC Émile, « Le Conseil d'État et les projets de réforme. Les origines des questions », in *Revue des Deux Mondes* 1892, CXII, p. 773.

⁴² *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1891, t. 2, p. 470 (annexe n° 1452, séance du 30 mai 1891).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, Paris, Fontemoing, 1897-1905 (7^e éd., 7 vol.), t. 2 (1897), p. 93.

des pouvoirs. Parce que dans les affaires administratives aussi bien que dans l'œuvre législative, le conseil d'État ne peut jouer qu'un rôle purement consultatif, parce que le gouvernement aussi bien que le parlement sont trop souvent tentés de ne point recourir à sa collaboration, ce n'est pas une raison suffisante pour le décapiter en lui enlevant les moyens de remplir sa fonction essentielle⁴⁵.

Si le projet de loi de 1891 fut peut-être un expédient politique⁴⁶, la doctrine administrative fut lucide sur les enjeux sous-jacents à ces questions⁴⁷.

311. Les réactions à l'hypertrophie des attributions juridictionnelles du Conseil d'État : un rejet du contentieux contractuel vers le contentieux judiciaire. –

Problématique encore prégnante dans les années 1920, c'est un point de vue assez similaire au député RICARD que défend le maître des requêtes LE GOUX : c'est-à-dire la limitation du contentieux administratif avec pour corollaire un renforcement de ses attributions consultatives :

Aujourd'hui, dans le sein même des Chambres, se produit un courant pour une participation plus effective du Conseil d'État à l'œuvre du législateur. Il faudrait une disposition impérative de la loi obligeant les Chambres à décider si elles entendent, sur tel projet, recourir oui ou non à sa collaboration. (...) Peut-être aussi le Conseil pourrait-il jouer le rôle de reviseur technique, avant le vote définitif de la loi, pour éviter les contradictions des lois entre elles, les confusions et même ces erreurs de dénomination si fâcheuses dont le projet sur la magistrature donne l'exemple⁴⁸.

Pénétré de certaines préoccupations attisées par la Grande Guerre – notamment le renforcement du pouvoir exécutif – cet auteur clame la nécessité de mieux associer les membres du Conseil d'État aux fonctions gouvernementales : ils « *devraient être détachés à [la présidence du Conseil] comme agents de liaison avec le Corps. Plus encore que par le passé, ils seraient désignés pour les missions de confiance, comme les anciens “missi dominici” de CHARLEMAGNE, les “enquêteurs” de SAINT-LOUIS, et plus tard les “lieutenants du roi”. Ils reprendraient les “chevauchées des maîtres des requêtes”. Ils seraient des “fonctionnaires haut-le-pied” pour les contrôles urgents* »⁴⁹. Y faisant écho, les députés BARTHE & FÉLIX conçoivent les fonctions juridictionnelles comme un complément aux fonctions

⁴⁵ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1892, t. 2, p. 36-37 (annexe n° 2104, séance du 21 mai 1892).

⁴⁶ Le professeur DUCROCQ s'indigne moins des solutions envisagées que des motivations qui y président. Ainsi à l'égard de la proposition du député RICARD de soustraire au Conseil d'État certaines de ses attributions contentieuses : « *On croit rêver (...) quand on songe que tout cet effet, remaniant les compétences consacrées par une expérience séculaire, est fait en vue d'éviter au budget la dépense nécessaire pour augmenter le personnel du conseil d'État* » (*Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (7^e éd.), t. 2 (1897), p. 98).

⁴⁷ Pour une étude synthétique de la question, cf. DUBOIS DE CARRATIER Laurent, « Le Conseil d'État français, son œuvre législative et le “régime d'assemblée” (1875-1958) », in [collectif], *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud MAZÈRES*, Paris, Litec, 2009, p. 323.

⁴⁸ LE GOUX Maurice, « Le Conseil d'État et les innovations nécessaires », in *R.G.A.* 1919, II, p. 10.

⁴⁹ *Id.*, p. 11.

grâce auxquelles le Conseil d'État assiste le pouvoir exécutif dans la régulation des administrations publiques. En somme, ces propositions de loi qui invitent à restreindre le contentieux administratif en transférant une partie aux tribunaux judiciaires, ne peuvent être bien appréhendées si l'on néglige ce à quoi elles font pendant : une valorisation de l'activité législative du Conseil d'État⁵⁰. Ces parlementaires ne sont pas fondamentalement indisposés vis-à-vis du contentieux administratif. Cependant ils en discutent l'application ; ils cherchent à se le représenter en étroite solidarité avec les autres fonctions du Conseil d'État.

- 312.** C'est dans cette perspective que le recours pour excès de pouvoir est vu comme la synthèse par laquelle s'agrège ces deux aspects : juger et conduire l'administration. Tel par exemple le député Louis MARIN :

Le développement des recours pour excès de pouvoir a pu marquer une nouvelle orientation et préparer les voies d'une justice supérieure qui s'imposerait à tous. Les commentateurs ont tiré des considérations d'une portée philosophique incontestable de la combinaison de quelques arrêts souvent modestes ; ils ont édifié ainsi, sur les limites de la puissance publique, à propos de ses moindres applications, des théories intéressantes et qui ont agi utilement sur les esprits. Ce serait, cependant, une erreur que de regarder ces attributions contentieuses comme le principal rôle du conseil d'État. (...)

Le conseil d'État de la République française ne doit pas être le premier conseil de préfecture. Il doit, sans doute, continuer à être le régulateur de la justice administrative : c'est une gageure, contraire au bon sens, que de le faire statuer sur le moindre recours en matière de contributions, de marchés ou d'élections⁵¹.

Ces considérations dont nous avons fait voir quelques aspects permettent de réaliser que les partisans favorables à une réduction du contentieux administratif présentent des motivations qui ne sont pas dirigées contre l'institution même du Conseil d'État. Elles procèdent bien au contraire d'une réflexion sur la place du Conseil d'État au sein des institutions républicaines. Sans tous tendre dans le même sens, ces publicistes – des parlementaires jusqu'aux auteurs de la doctrine – orientent leurs propositions dans le sens d'une réorganisation du Conseil d'État qui permette de l'associer davantage aux activités du gouvernement et du parlement. De même, ils se sont essayés à ce que ses attributions juridictionnelles n'altèrent pas le caractère de cette institution en l'accaparant trop au contentieux. Aussi projettent-ils des mesures qui permettent au Conseil d'État d'imposer à l'administration le respect de la Loi par

⁵⁰ C'est dans le même sens que s'orientait une proposition de loi conduite en 1894 par le député Louis-Eugène ARNOUS et tendant à confier au Conseil d'État « *la coordination des lois nouvelles votées par le Sénat et par la Chambre des députés avec la législation antérieure* » (*Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1894, t. 2, p. 506 ; annexe n° 812, séance du 10 juillet 1894).

⁵¹ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1920, p. 106 (annexe n° 222, séance du 23 janvier 1920). Il s'agit d'une proposition de loi du député MARIN, tendant à réformer la composition et l'organisation du Conseil d'État, ainsi qu'à instituer des conseils régionaux en substitution des conseils de préfecture.

la censure juridictionnelle, tout en lui soustrayant celles des attributions contentieuses qui le conduisent à s'introduire dans les détails des trop nombreuses opérations administratives. C'est de cet état d'esprit que sont solidaires les propositions tendant à confier certains contentieux contractuels aux tribunaux judiciaires⁵².

313. L'évacuation des débats sur le contentieux administratif dans les années consécutives à la Première Guerre mondiale. – Pour nombre des propositions de loi précitées, aucun rapport parlementaire ne fit suite. Il est donc malaisé de rapporter une vue contradictoire. Celles postérieures à la Première Guerre mondiale se virent opposer l'urgence des réformes pour exclure un bouleversement aux répercussions trop profondes. Faisant vraisemblablement allusion au projet de loi (précité) qui escomptait en 1916 transférer aux tribunaux judiciaires le contentieux des marchés publics, le garde des sceaux NAIL écarta cette hypothèse en 1919 :

Une première combinaison satisfaisante au point de vue doctrinal et préconisée par d'excellents esprits, consisterait à réduire les attributions contentieuses du conseil d'État en transportant à l'autorité judiciaire ordinaire la connaissance de certaines catégories d'affaires jusqu'ici réservées à la juridiction administrative. Mais, outre qu'une pareille réforme ne paraît pas commandée par l'intérêt des justiciables, son principe même soulèverait de telles controverses qu'il ne serait, dans les circonstances actuelles et eu égard à la nécessité d'aboutir rapidement, ni opportun, ni pratique de s'arrêter à cette conception⁵³.

Tandis que le député Louis MARIN avait déposé entre temps une proposition de loi en réaction au nouveau projet de loi dont la Chambre des députés était saisi, ce sont les mêmes raisons d'opportunité que développe le député Louis ANDRIEUX, chargé de rapporter le projet et la proposition de loi précités.

En dehors du point de vue doctrinal, se poserait la question de savoir si l'attribution à la juridiction civile donnerait satisfaction aux justiciables et à l'intérêt public. Or, les services publics d'une part, les entrepreneurs, les fournisseurs (...) de l'autre, n'ont jamais exprimé le désir que le contentieux des marchés (...) fût transmis aux tribunaux civils. La procédure administrative est des plus simples, moins coûteuse, dispensée du ministère des avoués. (...) Alors que les marchés de guerre vont donner lieu à d'importants procès, et que les travaux publics pour la restauration des dégâts vont se multiplier, il ne semble pas que le moment soit bien choisi pour changer la juridiction qui a la confiance des intéressés⁵⁴.

En somme, c'est par une stratégie d'évitement que sont écartées ces initiatives

⁵² Cf. GONOD Pascale, « La réforme de la justice administrative, 1888-1940 », in BIGOT Grégoire & BOUVET Marc (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, op. cit. (2006), p. 271 sq.

⁵³ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session extraordinaire de 1919, p. 86 (annexe n° 84, séance du 23 décembre 1919). Il s'agit d'un projet de loi, déposé devant la Chambre des députés par le ministre de la justice (NAIL) et le ministre des finances (KLOTZ), tendant à modifier la composition et l'organisation du conseil d'État.

⁵⁴ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1920, p. 1567 (annexe n° 1001, séance du 4 juin 1920).

parlementaires pour exclure du contentieux administratif le contentieux contractuel de l'administration. Ce n'est pas dire qu'il y ait un manque de conviction de la part de ceux-ci. En incarnant bien souvent des compromis, leur attitude semble répondre à une tactique parlementaire portée à éconduire des débats jugés trop controversés, et partant inappropriés dans le contexte de l'après-guerre.

314. À l'instar de Louis ANDRIEUX qui ne cesse de concevoir les marchés publics comme des affaires « *moins rigoureusement dépendantes de la compétence administrative* », à laquelle elles « *appartiennent moins par leur nature que par la détermination de la loi* »⁵⁵, il atteste d'un déplacement des solutions envisagées. Il est soucieux que la restriction du contentieux administratif n'emporte aucune incertitude jurisprudentielle pour le justiciable. Notamment depuis la consécration de la théorie de l'imprévision par le Conseil d'État – à l'inverse de la Cour de cassation. En accord avec le projet gouvernemental, il incline plutôt pour une solution portée à réorganiser la juridiction administrative, notamment en réduisant les attributions du Conseil d'État à celles d'un juge de cassation. N'indique-t-il pas que « *si les rôles du conseil d'État sont encombrés, ceux de la cour de cassation ne le sont pas moins et que déplacer la difficulté, ce n'est pas la résoudre* »⁵⁶. Bien que plusieurs propositions de loi soient encore intervenues dans le sens d'une réduction du contentieux administratif, ce projet de loi traduit un infléchissement teinté de pragmatisme⁵⁷. Privilégiant une solution moins subversive et qui associe la réorganisation du Conseil d'État à une réforme des conseils de préfecture, il marginalise la question épineuse du caractère des marchés de l'administration – les concessions de travaux et de services publics étant rarement concernées par la réduction du contentieux administratif. Il n'est pas impossible que cela soit dû non seulement à une conjoncture marquée par l'urgence, mais aussi à la guerre qui souligna d'une manière inédite à quel point les marchés publics étaient intimement liés à la marche des services publics. Jusqu'à présent, la jurisprudence du Conseil d'État consacrant la théorie de la gestion publique portait sur des concessions ou des marchés de départements ou des communes, c'est-à-dire sur des contentieux pour l'attribution desquels aucune loi ne se prononçait explicitement. Si bien que les marchés de fournitures de l'État n'y ont jamais été clairement associés. La généralisation de la théorie de l'imprévision aux marchés de fournitures de l'État a bouleversé cette configuration. À cet égard, nous pensons que la tournure prise par les débats parlementaires à partir de la Première Guerre mondiale accuse cette évolution. Celles des solutions proposées par des parlementaires et qui sous-tendent

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1920, p. 1567 (annexe n° 1001, séance du 4 juin 1920).

⁵⁷ Ce projet de loi fut adopté par la Chambre des députés le 29 juillet 1920 mais s'enlisa au Sénat où il fut renvoyé en commission (29 novembre 1921) pour n'être plus jamais discuté.

une assimilation des marchés aux contrats du code civil apparaissent, à partir de l'Entre-deux-guerres, comme en disharmonie avec la jurisprudence administrative. Par un contraste saisissant avec la Belle Époque, elles semblent accuser un décalage qui achève de les décrédibiliser. La doctrine administrative atteste de cette inflexion. Tandis que dans l'Entre-deux-guerres, certains administrativistes parlent des contrats administratifs en des termes qui nous sont familiers, nous n'avons trouvé rien de comparable dans les décennies précédentes.

Chapitre 2

Les contrats de l'administration saisis par les réaménagements doctrinaux du contentieux administratif

315. Au cours du second XIX^e siècle, les administrativistes se sont représenté le droit administratif sous un aspect qui est venu marginaliser les contrats de l'administration. Les contrats soumis à la juridiction administrative ont souvent été conçus comme une attribution artificielle, incohérente avec la définition donnée au contentieux administratif. Nombre d'auteurs en ont rapporté les limites au contentieux de l'annulation, motivés en cela par une compréhension critique de la juridiction administrative. La promotion du contentieux de pleine juridiction n'est survenue que tardivement, et encore d'auteurs isolés (**section 1**). Nous nous attacherons à montrer qu'à travers ce panorama doctrinal, les contrats de l'administration n'ont cessé d'être hétérogènes au droit administratif, tant la distinction actes d'autorité/actes de gestion – majoritairement admise – conduisait à les repousser vers le droit civil. Ces propos tendront à expliciter que la doctrine administrative de la Belle Époque n'a, au point de vue du contentieux administratif, jamais conçu de contrat administratif au sens moderne du terme (**section 2**).

Section première. – Des contrats appréhendés à travers le prisme du contentieux administratif

316. Une définition doctrinale du contentieux administratif corrélée à la conception de la juridiction administrative. – Une partie de la doctrine administrative ne manqua pas de confronter les thèses soucieuses de réduire le contentieux administratif. Tel est le cas – tardif – de Gaston JÈZE en 1919 : « *On a, il est vrai, rangé les marchés de fournitures de l'État et les marchés de travaux publics parmi les matières rentrant dans la compétence administrative par détermination arbitraire de la loi. Mais cette manière de voir est tout à fait critiquable* »⁵⁸. En dissertant principalement sur le cas des marchés publics, il indique suffisamment que le contentieux qui s'y rapporte est de ceux – avec celui des contributions directes – dont l'attribution est la plus controversée. Julien LAFERRIÈRE – neveu du président du Conseil d'État – écrivait dans le même sens que « *les seules matières importantes pour lesquelles est envisagée la substitution de la compétence judiciaire à la compétence administrative, sont les marchés de*

⁵⁸ JÈZE Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », in *R.D.P.* 1918, p. 66. Il y critique le projet de loi (précité) de 1916, qui ne fut d'ailleurs jamais discuté en séance plénière.

fournitures de l'État, les contrats de travaux publics, les dommages causés par les travaux publics »⁵⁹. Pourtant, au début des années 1920, la question de la nature des contrats de l'administration commence à n'être plus seulement liée au sort de la juridiction administrative. Ces deux auteurs s'en font les témoins en marquant la manière dont la doctrine et la jurisprudence administratives ont déplacé ces contrats d'un ordre de compréhension vers un autre.

Les partisans de cette réforme de compétence semblent n'être pas au courant de l'état actuel de la question. Ils ne tiennent aucun compte de la jurisprudence bien établie du Conseil d'État, d'après laquelle appartient de plein droit à la compétence administrative tout litige suscité par le fonctionnement, le mauvais fonctionnement ou le non fonctionnement d'un service public, en sorte que le contentieux des marchés de fourniture ou de travaux publics est bien du contentieux par nature. Toute leur argumentation est fondée sur les idées qui avaient cours il y a quelque vingt ans⁶⁰.

En rapportant la proposition de loi du député BENDER⁶¹, Gaston JÈZE signale un peu plus cette césure. Il est moins question d'appréhender classiquement les contrats de l'administration à l'aune de la compétence administrative, que de différencier gestion publique et gestion privée – distinction de laquelle se dégage le concept *moderne* du contrat administratif formalisé à la même époque par d'aucuns.

Il suffira de signaler que les raisons exposées par M. BENDER pour attribuer aux tribunaux judiciaires la matière des *travaux publics* ne convaincront pas facilement ceux qui connaissent le *régime juridique spécial* auquel est soumise cette opération. La juridiction administrative s'explique et se justifie aujourd'hui par la *nature spéciale des règles applicables* aux affaires portées devant les tribunaux administratifs. La proposition de M. BENDER, en ce qui concerne les tribunaux publics (et il faudrait dire la même chose de tous les contrats *administratifs*, si nombreux), soulève les plus légitimes réserves⁶².

Cette confrontation illustre ce que ces décennies ont eu de décisives pour notre sujet. Si les propositions parlementaires tendant à attribuer au juge judiciaire le contentieux contractuel se font plus rares à partir des années 1920, c'est non seulement parce que les réformes de la juridiction administrative ont consolidé un compromis qui a alangué les controverses⁶³, mais aussi parce que les contrats de l'administration ont été

⁵⁹ LAFERRIÈRE Julien, « L'organisation de la juridiction administrative. Réforme et projets de réforme », in *R.D.P.* 1921, p. 153.

⁶⁰ *Id.*, p. 153-155.

⁶¹ Cf. *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1925, p. 512 (annexe n° 1469, 2^e séance du 26 mars 1925). Il s'agit d'une proposition de loi relative à l'organisation du Conseil d'État par la réduction de son contentieux.

⁶² JÈZE Gaston, « Projets et propositions de réforme du Conseil d'État », in *R.D.P.* 1925, p. 297.

⁶³ Nous pensons en particulier aux décrets-lois des 6 et 26 septembre 1926, qui ont substitué aux conseils de préfecture des conseils de préfecture interdépartementaux ; ainsi qu'aux décrets-lois des 5 mai et 8 septembre 1934, et du 17 juin 1938, qui en ont modifié leurs compétences juridictionnelles. Quant au Conseil d'État, il a été sensiblement réorganisé par la loi du 1^{er} mars 1923, suivie des décrets-lois des 7 août 1923, 30 décembre 1926 et 5 mai 1934 (complétés par les décrets des 10 mai et 24 juillet 1934).

soumis à une appréhension alternative dont le décret-loi du 5 mai 1934 se fait l'écho⁶⁴. Il n'est plus admis que les contrats de l'administration sont des actes de gestion similaires à ceux des particuliers. La théorisation concomitante des contrats administratifs a rendu cette opinion incongrue.

317. Les propos rapportés de Gaston JÈZE mettent en exergue un ressort essentiel dans la conceptualisation – pendant l'Entre-deux-guerres – du contrat administratif : les critiques et, corollairement, les justifications avancées en faveur de la juridiction et du contentieux administratifs. Très schématiquement – dans le premier XIX^e siècle, le principal motif des partisans de la justice administrative s'est résumé au travers de cet aphorisme : « juger l'administration, c'est encore administrer ». Dans le second XIX^e siècle – avec les premières expériences intermittentes d'une justice administrative déléguée –, ce fut la nécessité pour les juges administratifs de disposer de connaissances spéciales⁶⁵. À partir du XIX^e siècle finissant, certains des partisans de la juridiction administrative déplacèrent encore un peu les motifs participant de sa légitimation. Ils y furent poussés par la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, dont les termes ultimes invitaient à une réduction du contentieux administratif. Suivant cette opposition, les contrats de l'administration demeurent des contrats qui s'apprécient comme tels : il ne s'agit toujours que d'apprécier la volonté des parties. Pour être encore pertinent, un argument comme celui tiré de la spécialité des connaissances s'imposait avec moins d'évidence : les magistrats judiciaires connaissent par certains biais des marchés de l'administration. Celui de la célérité était plus difficile encore à mobiliser, tant la juridiction administrative était encombrée. La dévaluation de ces arguments favorisa l'énonciation de discours doctrinaux sensiblement inédits, déterminés par des enjeux dont les termes ont été renouvelés. Leurs auteurs ont réagi et se sont adaptés à des controverses que l'actualité a fait (re)-surgeir sous une perspective spécifique. Si, au début du XX^e siècle, les publicistes discutent encore du contentieux administratif, c'est moins pour le dénoncer que pour en circonscrire les limites, en corrélation avec la définition du rôle institutionnel du Conseil d'État. Les vices de la justice administrative ont exacerbé ces interrogations en leur conférant une valeur revigorée. À cela s'ajoute

⁶⁴ L'article 1^{er} du décret-loi du 5 mai 1934 transfère notamment aux conseils de préfecture interdépartementaux la connaissance en premier ressort des « *litiges relatifs aux contrats rentrant dans la compétence de la juridiction administrative et passés par les départements, communes et les établissements publics* » (in *Journal officiel* 1934 (6 mai), n° 107, p. 4515).

⁶⁵ Les justifications de la juridiction administrative ne se ramènent pas toutes à celle-ci. Cependant, elle est la plus commune, à quoi pouvons-nous ajouter la célérité et l'économie de la procédure administrative ; ainsi que la nécessité de ménager l'unité de la jurisprudence administrative en en confiant l'écriture au Conseil d'État – à la fois juge d'appel et juge de cassation. Pour preuve de ces assertions, nous renvoyons le lecteur au rapport dit DURANGEL : *Rapport présenté au ministre de l'intérieur, par la commission chargée d'étudier les bases d'un projet de loi relatif à l'organisation et aux attributions des conseils de préfecture* (Paris, Imprimerie nationale, 1874, p. 44 sq.).

ultérieurement un précipice abyssal sans la considération duquel le droit administratif moderne reste incompréhensible : la Grande Guerre. D'aucuns en ont relevé les répercussions sur le droit administratif – tel le professeur JACQUELIN :

L'influence de la guerre sur le droit administratif français a été assez profonde pour attirer et retenir l'attention. Elle a suscité des questions nouvelles qui ont reçu des solutions plus ou moins heureuses et elle a fait renaître des questions anciennes, qui ne sont pas encore éteintes, car elles n'ont engendré que des projets de réforme⁶⁶.

Nous y reviendrons dans le dernier titre de cette thèse afin d'explicitier l'influence de ce conflit sur la genèse du concept de contrat administratif. Pour l'instant, nous souhaitons seulement insister sur le caractère contingent des débats doctrinaux de la Belle Époque relatifs à notre sujet. Sans retirer aucun mérite à ceux qui y contribuèrent, il faut se garder de rechercher un génie démiurge.

318. Les contrats de l'administration : un sujet récurrent mobilisé à une ambition réformiste du contentieux administratif. – Nous ne saurions affirmer que les débats parlementaires plus haut rapportés ont été à l'origine d'une conceptualisation des contrats administratifs. Néanmoins, en jetant leurs racines dès le second XIX^e siècle et en se poursuivant jusque dans le courant des années 1930, ils ont incidemment excité les réflexions portées sur les contrats de l'administration, en accompagnant une doctrine universitaire divisée sur la conception à donner au contentieux administratif. Deux professeurs – en particulier – ont nié pour ces contrats une singularité : René JACQUELIN⁶⁷ et Henry BERTHÉLEMY⁶⁸. Le premier n'a pas hésité à dénigrer cette distinction, en qualifiant de « *procédé antijuridique* » l'opération de la Loi attribuant à la juridiction administrative « *les contrats passés en vue de la gestion des services publics* »⁶⁹ :

⁶⁶ JACQUELIN René, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour le doctorat ès-sciences politiques (1922-1923), sur le thème : *Influence de la guerre sur le droit administratif français*], Paris, Les cours de droit, 1923, p. 3.

⁶⁷ Au sujet de René-Louis-Désiré JACQUELIN (1865-1942), nous ne lui connaissons aucune étude biographique. Mentionnons néanmoins cet article (anonyme) : « Une conception d'ensemble du droit administratif – René JACQUELIN », in *R.F.D.A.* 2006, p. 527), ainsi que celui du professeur LAIDIÉ : « Relire un contempteur de la justice administrative sous la Troisième République : la rhétorique de JACQUELIN », in *R.F.D.A.* 2013, p. 783). D'après le site SIPROJURIS, il débuta sa carrière universitaire en 1893 à la faculté de Lille, avant de rejoindre la faculté de Paris en 1899. Il fut admis à la retraite en 1934, pour cause de suppression d'emploi – certaines chaires ayant été supprimées par souci d'économie.

⁶⁸ Au sujet d'Henry BERTHÉLEMY (1857-1943), voir la notice biographique que lui consacre le professeur BIGOT dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Il débuta sa carrière universitaire à la faculté de Lyon (1884-1898) avant de rejoindre celle de Paris où lui fut confiée une chaire de droit administratif qu'il assumait jusqu'à sa retraite (1932).

⁶⁹ JACQUELIN René, *Les principes dominants du contentieux administratif. Ouvrage spécialement destiné aux candidats aux doctorats*, Paris, Giard & Brière, 1899, p. 91-92. Cf. également du même auteur : *Une conception d'ensemble du droit administratif* (1899), où JACQUELIN y oppose une critique à l'opuscule de Maurice HAURIOU intitulé *La gestion administrative* (1899).

Le but d'un acte ne peut pas en changer la nature : c'est là un principe général pour ainsi dire inflexible. Que les contrats interviennent en vue de la gestion des services publics ou en vue de la gestion du domaine privé, peu importe, leur nature reste toujours la même : ce sont des manifestations de patrimonialité ; encore que le langage administratif les ait qualifiés d'une dénomination spéciale, les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics ne sont rien autre chose que des achats d'objets mobiliers et des louages d'ouvrages⁷⁰.

En critiquant comme une anomalie la compétence du Conseil d'État pour les marchés de fournitures⁷¹, le second adopte une opinion similaire à celle de son collègue.

Les actes de gestion sont soumis aux mêmes règles de compétence que les actes semblables faits par des particuliers. Il serait impossible qu'il en fût de même des actes d'autorité, puisqu'il n'y a pas d'actes semblables faits par les particuliers. Si les tribunaux administratifs n'existaient pas, les actes d'autorité ne seraient soumis à aucune juridiction. Hors les tribunaux administratifs, institués tout exprès, il n'existe pas de juridiction qui puisse être chargée de juger des actes de ce genre⁷².

En un sens, ces deux auteurs développèrent une doctrine analogue à celle de Théophile DUCROCQ – lequel côtoya d'ailleurs Henry BERTHÉLEMY à la faculté de Paris entre 1896 et 1899 :

Les principes juridiques applicables aux contrats sont les mêmes au point de vue de la compétence, bien que leurs clauses varient. L'État, le département, la commune, ne figurent pas dans des contrats à titre de puissance publique, mais à titre de personnes civiles, et tel est le motif pour lequel il ne suffit, ni de leur présence dans un contrat, ni de l'intérêt public qui peut s'attacher à l'exécution de ce contrat, pour que les litiges qu'il soulève appartiennent au contentieux administratif. Le droit commun relatif à la compétence est applicable aux personnes civiles, comme aux personnes physiques, en matière de contrats, sans distinction au point de vue des parties qui y figurent. Il n'y a pas lieu de distinguer non plus, au point de vue de la nature des contrats eux-mêmes⁷³.

- 319.** Pourtant, la doctrine des deux premiers n'est pas à trouver dans une adhésion molle à une théorie classique – celle distinguant entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Certes, elle ne fut pas subversive. Cela étant, bien loin de s'arc-bouter sur le droit positif, ces deux auteurs – pour en rester aux deux premiers qui sont de la même génération – l'ont employée à une restriction délibérée du contentieux administratif⁷⁴. Certaines thèses de doctorat entreprises sur ce sujet à la même époque ont défendu des opinions similaires. Celles-ci ont été déterminées par une certaine

⁷⁰ *Id.*, p. 92.

⁷¹ BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1916 (8^e éd.), p. 951-952.

⁷² BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1900-1901 (1^{re} éd.), p. 855.

⁷³ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (7^e éd.), t. 2 (1897), p. 15.

⁷⁴ Leurs motivations ne coïncident pas nécessairement, puisque René JACQUELIN défend l'unité de juridiction par la suppression de la juridiction administrative, tandis que Henry BERTHÉLEMY appelle plus modestement à sa conservation par une polarisation autour de l'acte d'autorité et du recours pour excès de pouvoir.

compréhension de la juridiction administrative. La thèse de Jean-Marie BOUCHARD en est emblématique. D'après lui, ce sont les « *souvenirs de la juridiction administrative envisagée comme juridiction de privilège au profit de l'État qui ont conduit à instituer [des] exceptions* » bizarres à la définition du contentieux administratif⁷⁵.

Pour [ces attributions d'ordre exceptionnel, parmi lesquels celle relative aux marchés publics], il n'y aurait aucun inconvénient à restituer aux tribunaux judiciaires la compétence qu'on leur a enlevée. Cela aurait même l'avantage de donner au contentieux administratif la véritable physionomie qu'il doit avoir⁷⁶.

Il n'est pas le seul – loin s'en faut – à concevoir que « *la juridiction administrative connaît du contentieux de l'autorité* », et à la dénoncer « *comme juridiction d'exception* » ou de « *privilège* » lorsqu'elle intervient pour d'autres cas de figure⁷⁷. Tous les développements qui ont trait de près ou de loin aux contrats de l'administration ne s'inscrivent pas dans la même problématique – loin s'en faut. Nous verrons dans le titre suivant que ces contrats – sinon certains d'entre eux – ont fait l'objet d'études spécifiques. Il en va différemment lorsque certains administrativistes – parfois les mêmes – ont envisagé ces contrats à l'aune du contentieux administratif. Les ressorts doctrinaux sont différents : au lieu d'envisager les régimes juridiques afférents, ils controversent sur les principes du contentieux administratif. Qu'il s'agisse de le limiter ou bien de l'organiser rationnellement – ces deux questions étant d'ailleurs solidaires l'une de l'autre. Il n'en reste pas moins que la thématique choisie par les auteurs conditionne les termes de leurs développements, en orientant leurs conclusions. Pour ceux qui entreprirent sur le contentieux administratif des études critiques, les contrats de l'administration sont un objet secondaire qu'ils soumettent aux prémices de leur thèse – laquelle est bien souvent apposée à la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion. La manière dont ceux-là y sont appréhendés s'en ressent nécessairement. Cette considération nous aide à comprendre pourquoi plusieurs administrativistes, en s'attachant au contentieux administratif, ont refusé aux contrats de l'administration une nature particulière. Le cadre de leurs interrogations ne les invita assez peu à les envisager sous un autre aspect, et les tenants de leurs démonstrations les ont conduits assez volontiers à les rejeter parmi les actes du droit privé.

320. Le contentieux contractuel : un contentieux étranger au contrat administratif par nature (second XIX^e siècle). – Si les travaux historiques de Maurice HAURIOU

⁷⁵ BOUCHARD Jean-Marie, *Des limites du contentieux administratif. Étude historique et critique sur l'évolution du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, Paris, Rousseau, 1905 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; dirigée par le professeur CHAVEGRIN, professeur de droit constitutionnel), p. 87.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Id.*, p. 138.

reçoivent aujourd'hui des critiques⁷⁸ – auxquelles du reste nous adhérons –, nous pensons au contraire qu'il fit preuve d'une certaine lucidité lorsqu'il apprécia le succès d'une doctrine un peu abusivement attribuée à Édouard LAFERRIÈRE.

Depuis un certain nombre d'années l'axe [du droit administratif] s'était déplacé ; il avait abandonné les régions où s'exécutent les services publics pour se porter vers celles où s'élaborent les décisions de principe de la puissance publique ; en d'autres termes, il avait incliné vers l'acte de puissance publique et le contentieux de l'annulation, désertant le contentieux de la pleine juridiction⁷⁹.

Comme nous nous sommes essayé à le démontrer dans le chapitre précédent, l'appréhension des contrats de l'administration – et particulièrement les marchés publics – a été tributaire de la manière dont le droit et le contentieux administratifs ont été conçus. Les mutations survenues à cet égard dans le second XIX^e siècle, ont entériné cette idée que le contentieux contractuel serait un contentieux antipathique avec *un* contentieux administratif par nature. Centrée sur cette distinction entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion, la formalisation du recours pour excès de pouvoir par le décret du 2 novembre 1864 a incliné nombre d'administrativistes – à l'initiative de quelques-uns comme Léon AUCOC – à réduire le noyau irréductible du contentieux administratif autour du contentieux de l'annulation. Parmi les contemporains du début du XX^e siècle, Henry BERTHÉLEMY est l'un de ceux qui défendit le plus vigoureusement cette doctrine – ce jusqu'à la fin de sa carrière⁸⁰. Maurice HAURIOU propose une explication à cette inclination doctrinale. Suite à la réforme processuelle de 1864, « toute l'attention [s'est portée] sur ce contentieux extraordinaire [pour délaisser] le contentieux ordinaire [c'est-à-dire le contentieux de pleine juridiction] »⁸¹. Cela aurait été dû à l'insuccès des entreprises doctrinales tendant à « organiser une théorie convenable du contentieux ordinaire »⁸². Nous pensons plutôt que cela a tenu à la manière dont le droit administratif a été conçu. Ce n'est pas par impuissance que la doctrine administrative du second XIX^e siècle a cantonné le plein contentieux comme un contentieux essentiellement délimité par la Loi. Elle a rapproché les actes de gestion des actes pris par les particuliers, de sorte à réduire *in fine* la compétence administrative aux actes d'autorité. Il faut considérer que cette inflexion est survenue dans les années 1850 – à une époque où s'est imposé un régime autoritaire qui a soustrait la responsabilité ministérielle à la sanction parlementaire. Sous la Troisième République, cette doctrine

⁷⁸ Nous pensons en particulier au professeur TOUZEIL-DIVINA qui fait une critique de l'article intitulé « La formation du droit administratif français depuis l'an VIII » (1892) : « Maurice HAURIOU, mystificateur ou héros mythifié ? », in TOUZEIL-DIVINA Mathieu (dir.), *Miscellanées Maurice HAURIOU*, Le Mans, Éditions l'Épilogue, 2013, p. 83.

⁷⁹ HAURIOU Maurice, *La gestion administrative. Étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 1899, p. iv.

⁸⁰ Cf. BERTHÉLEMY Henry, « Défense de quelques vieux principes », in [collectif], *Mélanges Maurice HAURIOU*, Paris, Sirey, 1929, p. 809.

⁸¹ HAURIOU Maurice, *La gestion administrative...*, *op. cit.* (1899), p. 35.

⁸² *Id.*, p. 36.

est prônée par des libéraux contemporains d'une juridiction administrative décrédibilisée à force d'être critiquée. Ce n'est pas pour se tromper elle-même que d'aucuns se seraient détournés d'une difficulté théorique qu'ils fussent incapables de résoudre – à rebours de ce qu'affirme Maurice HAURIOU : « *Si la doctrine s'est désintéressée du contentieux ordinaire, c'est (...) qu'elle s'est crue obligée de confesser que ce contentieux n'avait pas de source spontanée, qu'il n'existait qu'en vertu des textes, que, par conséquent, elle, doctrine, ne pouvait rien pour son développement* »⁸³.

321. Le professeur toulousain fait apparaître sa théorie comme une étape supplémentaire dans l'évolution inexorable de la doctrine administrative, au lieu de l'admettre comme une option doctrinale dont la valeur tient au point de vue où il s'est placé. Nonobstant ce biais, son analyse des générations précédentes ne laisse d'être intéressante. Car sans être d'une exactitude historique irréprochable, elle explicite cependant ses intentions propres.

Pendant un demi-siècle, on s'était demandé si à côté du contentieux ordinaire *d'attribution*, c'est-à-dire du contentieux organisé par les textes législatifs, il n'y avait pas un contentieux *de nature*. On avait affirmé instinctivement l'existence de ce contentieux de nature ; on avait distingué l'administration contentieuse de l'administration discrétionnaire, on avait raisonné sur des situations contentieuses par elles-mêmes, sur des actes contentieux par eux-mêmes. Puis, quand il s'était agi d'organiser la théorie d'une façon complète, de déterminer le critérium du contentieux de nature, tout s'était évanoui et l'on était retombé dans le contentieux d'attribution, dans la détermination légale⁸⁴.

Le contentieux de pleine juridiction procédant essentiellement de l'acte de gestion et celui-ci étant admis comme un acte du droit privé, les administrativistes l'ont cantonné aux marges du contentieux administratif pour en marquer le caractère accidentel. Nous pouvons les critiquer pour n'avoir introduit aucune autre distinction, mais il convient d'admettre que cette dichotomie entre ces deux sortes de contentieux s'associe parfaitement avec la manière dont ils se sont représenté le droit administratif. Ce contentieux par détermination de la loi ne fut pas tant un contentieux rebelle à toute forme de typologie, qu'un contentieux hétérogène au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Ce fut une sorte de contentieux apatride : entre la Loi qui s'interdit de le verser dans le contentieux judiciaire, et la doctrine qui en conteste l'appartenance au contentieux administratif.

322. **La promotion par d'aucuns du contentieux de pleine juridiction : la doctrine administrative du second XIX^e siècle mise à l'épreuve.** – À la toute fin du XIX^e siècle, quelques-uns ont proposé purement et simplement de verser aux tribunaux judiciaires le contentieux des actes de gestion. S'agissant des débats parlementaires,

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Id.*, p. 36-37.

cette question fut intimement liée aux interrogations soulevées à propos de la juridiction administrative. Cela dit, HAURIUO explicite certaines raisons qui s'ajoutent à l'actualité parlementaire. Les administrativistes qui parviennent à des fonctions d'enseignement à partir des années 1880 ne sont pas pénétrés de la même appréhension du droit administratif que leurs aînés⁸⁵. Des auteurs comme SERRIGNY, LAFERRIÈRE (père) sont encore publiés dans les années 1860 ; FOUCART et TROLLEY le sont encore dans la décennie précédente. La génération de Maurice HAURIUO a été éduquée au droit administratif par les ouvrages de BATBIE, DUCROCQ, AUCOC ; éventuellement par LAFERRIÈRE (fils) – plus tardif. Dès lors – c'est d'ailleurs l'effet salvateur du renouvellement générationnel dans le développement des sciences –, les décalages induits par la mutation du droit administratif à partir des années 1850-1860, sont apparus aux administrativistes de la fin du XIX^e siècle comme des incohérences inintelligibles. La conception du contentieux administratif s'en ressent largement. Maurice HAURIUO le signale à son avantage – non sans une certaine mauvaise foi.

Les nouvelles générations qui arrivent au droit administratif apportent de plus en plus le goût des théories simples et logiques, ce qui est fort louable ; or, en abordant le contentieux ordinaire, elles ne constatent que confusion ; elles se trouvent en présence d'un amas de règles incohérentes sans aucun principe directeur, elles ont perdu la tradition qui les faisait accepter, elles prennent le parti des répudier en bloc ; elles se montrent disposées à nier le contentieux ordinaire et à repousser toutes les matières administratives vers la compétence judiciaire⁸⁶.

Condamnant un peu trop négligemment la doctrine administrative antérieure aux années 1860, Maurice HAURIUO suggère qu'elle ne fut animée par rien d'autre que la tradition, inapte à formaliser aucune théorie.

Il y a bien eu [avant 1860] des tentatives d'organisation, mais on n'y attachait qu'une importance secondaire. Il s'agissait avant tout à ce moment-là de faire connaître n'importe comment et dans n'importe quel ordre des détails ignorés de tous. Chaque auteur a sa classification et elle est basée en général sur l'aspect extérieur des choses, c'est-à-dire sur l'organisation administrative ou sur les services publics⁸⁷.

323. Certes, il ne fut pas isolé dans cette opinion : Gaston JÈZE⁸⁸, Henry BERTHÉLEMY⁸⁹,

⁸⁵ Pour ne citer que ceux dont les écrits se rapportent de loin ou de près à notre sujet – Émile ARTUR débuta sa carrière universitaire en 1880 (à Poitiers) ; Léon DUGUIT en 1883 (à Caen) ; Maurice HAURIUO en 1883 (à Toulouse) ; Henry BERTHÉLEMY en 1884 (à Lyon) ; Léon MICHOUX en 1884 (à Aix) ; Félix MOREAU en 1885 (à Aix) ; Jean APPLETON en 1893 (à Dijon) ; René JACQUELIN en 1893 (à Lille) ; Gaston JÈZE en 1899 (à Aix) ; Achille MESTRE en 1899 (à Lille), *etc.*

⁸⁶ HAURIUO Maurice, *La gestion administrative...*, *op. cit.* (1899), p. 78. Cf. du même auteur un article où il souligne la singularité de la génération de 1880-1890, qui a grandi dans le spectacle mortifère de la défaite de 1870 et s'est disposée à œuvrer laborieusement en déployant des efforts théoriques inégalés (« Notice sur les œuvres de Léon MICHOUX », in *R.D.P.* 1916, p. 483).

⁸⁷ HAURIUO Maurice, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », in *R.G.A.* 1892, III, p. 17-18.

⁸⁸ D'après Gaston JÈZE, la doctrine administrative du XIX^e siècle eût le défaut de gloser sur le droit administratif au lieu d'en proposer une vue d'ensemble (*Les principes généraux du droit administratif*, Paris,

Henry NÉZARD⁹⁰ ou encore Achille MESTRE⁹¹ tinrent le même jugement dépréciateur. Cette appréhension nous paraît largement biaisée. Elle n'est pas moins intéressante, car signifiante : l'incompréhension dont font montre les contemporains de Maurice HAURIOU à l'égard de leurs prédécesseurs accuse d'une manière sous-jacente leurs ambitions doctrinales⁹². Cette inclination est un document d'histoire à part entière. Les administrativistes du début du XX^e siècle n'ont pas une intelligence mieux tournée que celle de leurs aînés. Cependant en recevant en héritage de leurs

Berger-Levrault & C^{ie}, 1904 (1^{re} éd.), p. 6). Dix ans plus tard, il manifeste une admiration sans bornes pour le président LAFERRIÈRE : « *Que l'on considère ce qu'était le Droit administratif français avant que LAFERRIÈRE eût écrit son Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux (1^{re} édition, 1886). Sans exagération aucune, c'était, pour la partie juridique proprement dite, le chaos, un amas plus ou moins confus de solutions incohérentes, arbitraires, de pratiques empiriques, souvent injustifiables et injustifiées. (...) Ainsi s'est établie, dans les esprits de ceux qui ont étudié le droit administratif avant les années 1890, une conviction difficile à détruire : c'est que le Droit administratif est une branche du droit, obscure, dont la connaissance suppose plus de mémoire que d'intelligence, sur laquelle on ne peut écrire qu'à coup de textes. Enfin LAFERRIÈRE vint, et le premier, en France, essaya d'apporter de l'ordre et de la méthode, d'expliquer les solutions de la pratique ; son immense mérite a été de chercher les idées générales, les principes généraux qui se trouvent derrière toutes ces solutions* » (Les principes généraux du droit administratif, Paris, Giard & Brière, 1914 (2^e éd.), p. vij).

⁸⁹ D'après Henry BERTHÉLEMY, l'absence de codification a offert au droit administratif cet avantage de préserver la doctrine administrative de la « méthode exégétique ». Aussi reproche-t-il à ses prédécesseurs de n'en avoir tiré aucun avantage. « *C'est pour ne s'en être pas aperçus que des maîtres, cependant fort érudits, n'ont donné sur le droit administratif qu'un enseignement sans vie et sans intérêt* » (« La méthode applicable à l'étude du droit administratif », in [collectif], *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, Paris, Giard, 1911, p. 69-70). Cela dit, il fait montre d'une certaine indulgence envers ses prédécesseurs. « *Un de nos jeunes et très sympathiques collègues, WALINE, a récemment écrit qu'avant les travaux d'HAURIOU, le droit administratif n'existait qu'à l'état chaotique. Excusez-moi de protester contre l'exagération du terme. Ni CORMENIN, sans doute, ni GÉRANDO, ni MACAREL, ni SERRIGNY, ni DUFOUR, ni VIVIEN, ni BATBIE, ni le vieux maître à qui j'ai eu l'honneur de succéder, il y a 35 ans à la Faculté de Droit de Paris, DUCROCQ, n'ont fait œuvre comparable à celle [de Maurice HAURIOU]. Ils ne le pouvaient certainement pas ! Les jeunes oublient trop facilement que les pratiques administratives de la France ont été si complètement bouleversées par la Révolution française et par le régime impérial, qu'avant de s'y reconnaître, il a fallu travailler sur un champ de démolitions : on a dû ramasser les morceaux de ce qu'on peut appeler le droit administratif, reconstituer de toutes pièces, le plus souvent avec matériaux vétustes et vermoulus, la maison devenue difficilement habitable. Les reconstructeurs ont été, avec ceux dont j'ai rappelé les noms, les grands administrateurs de la Restauration, de la Monarchie de Juillet et surtout les membres de cette glorieuse institution consulaire : le Conseil d'État. Faire un numérotage, un inventaire, un catalogue, une description des nouvelles institutions, c'était chose indispensable et singulièrement malaisée. Ne méprisons pas ceux qui l'ont faite ! Ce serait une suprême ingratitude. Le confort moderne de l'édifice est dû à la génération suivante, celle qui, au-dessus des choses et des faits, a apporté les idées et formulé les principes. Et c'est ici que s'est placé nettement au premier rang, à côté d'AUCOC et de LAFERRIÈRE, [Maurice HAURIOU]* » (« Allocution de M. BERTHÉLEMY », in [collectif], *Cérémonie de l'inauguration le 22 avril 1931 du monument élevé par souscription à Maurice HAURIOU, doyen de la faculté de droit de l'université de Toulouse*, Paris, Sirey, 1932, p. 25-26). L'article de Marcel WALINE auquel il réagit est celui-ci : « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU » (in *L'année politique française et étrangère* 1930, n° 17, p. 39).

⁹⁰ Cf. NÉZARD Henry, « Une conception nouvelle du droit public (Léon DUGUIT, professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux : *Traité de Droit constitutionnel*) », in R.G.A. 1912, II, p. 129).

⁹¹ Cf. MESTRE Achille, « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 », in [collectif], *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919). Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, Paris, L.G.D.J., 1922-1923 (2 vol.), t. 2, p. 19.

⁹² À l'instar du professeur TOUZEIL-DIVINA, nous soutenons que cette démarche repose sur un mobile rhétorique : celui de promouvoir une doctrine nouvelle qui fit voir un progrès scientifique (« Maurice HAURIOU, mystificateur ou héros mythifié ? », in TOUZEIL-DIVINA Mathieu (dir.), *Miscellanées Maurice HAURIOU, op. cit.* (2013), spéc. p. 110).

ânés *///* droit administratif, ils n'ont plus à l'esprit celui que ces derniers ont eux-mêmes réceptionné dans leur prime jeunesse et qu'ils se sont appropriés en le bouleversant. De surcroît, les administrativistes (universitaires) de la fin du XIX^e siècle outrent les différences qui démarquent leurs doctrines de celles de leurs aînés. Car alors la doctrine publiciste se donne une individualité – exclusive (des praticiens) et identitaire (par une opposition avec les privatistes). Ce souci de marquer une rupture doctrinale est vrai pour Maurice HAURIOU qui souhaita réorganiser le contentieux administratif en reconsidérant le plein contentieux ; il l'est aussi pour ses contradicteurs qui ont investi la distinction actes d'autorité/actes de gestion d'une signification nouvelle, appliquée à des enjeux contemporains.

Section 2. – La distinction acte d'autorité/acte de gestion : un vecteur décisif dans la marginalisation des contrats au sein du droit administratif

324. La doctrine des actes d'autorité et des actes de gestion : une distinction portée par des enjeux contemporains. – À l'orée du XX^e siècle, la répartition des marchés entre trois juridictions – le Conseil d'État, les conseils de préfecture et les tribunaux judiciaires – apparaît comme une monstrueuse complication tout à fait insensée. Ces diverses attributions ont été faites suivant des raisons déterminées, mais à des époques successives ou si lointaines qu'elles sont perçues, au début des années 1900, comme résultant de lois surannées, tout juste propres à être livrées à l'archéologie du droit administratif. La décentralisation administrative des années 1880, précédée par une déconcentration du même ordre ; à quoi s'ajoute les diverses doctrines sur la personnalité juridique des institutions administratives, ont incliné les administrativistes à négliger que les communes étaient autrefois assimilées à des personnes morales – ce concept étant alors exclusivement recouvert par le droit privé – quoique soumises à la tutelle administrative. D'où, par exemple, la compétence des tribunaux pour les marchés de fournitures des communes⁹³. L'abandon de la juridiction ministérielle leur a fait oublier que l'exécution des marchés de fournitures de l'État était assimilée – et non pas confondues – à l'exercice d'une juridiction contentieuse. Si bien que cette attribution participait de l'action administrative dont le mouvement était confié à la responsabilité des ministres. Les débats assez vifs dont les conseils de préfecture firent l'objet depuis les années 1850, ont oblitéré le fait que leur création a procédé d'une transaction institutionnelle destinée à soustraire certains contentieux du giron de l'administration active. D'où leur compétence pour les marchés de travaux publics. Les transformations – normatives et/ou doctrinales – qui ont successivement frappé l'architecture de l'administration, ont bien souvent été segmentaires. Si bien qu'à la fin du XIX^e siècle, certaines normes du droit administratif sont apparues comme des anomalies. En 1900, une norme adoptée dans le premier XIX^e siècle pouvait se présenter aux contemporains comme dépaycée, au point de n'être plus portée par aucune raison d'être. Mais celle-là même pouvait en avoir eu, à une époque où elle s'inscrivait dans un droit administratif *matériellement* spécifique et *conçu* différemment. D'un côté, les débats parlementaires évoqués précédemment mettent en exergue des oppositions de vue sur la nature de la juridiction administrative. Concomitamment, la doctrine administrative – en intériorisant une certaine idée de ses fonctions scientifiques – s'est attachée à confronter les principes du contentieux administratif dont certains avaient été formalisés à une époque où celui-ci se présentait autrement, si bien que leurs représentations doctrinales conduisaient à faire voir des contradictions saisissantes.

⁹³ KALFLÈCHE Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, 2004 (thèse dactylogr., université Panthéon-Assas), p. 51 *sq.*

S'il vaut mieux se garder des analyses historiques faites par ces administrativistes de cette époque, la conscience aigüe qu'ils ont d'appartenir à une génération différente de leurs prédécesseurs nous importe car elle explique – ne fût-ce pour partie – ce foisonnement doctrinal. C'est par ce biais qu'ont été saisis les contrats de l'administration, c'est-à-dire à travers les interrogations portées sur les différents recours constitutifs du contentieux administratif.

- 325.** Léon DUGUIT est sûrement fondé à affirmer en 1906 que la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion « *est en générale admise* ». Mais il faut alors ajouter qu'elle n'est pas toujours entendue d'une manière univoque, loin s'en faut. Il le reconnaît d'ailleurs en ajoutant : « *Lorsqu'il s'agit de déterminer le criterium, de dire quels sont les actes administratifs d'autorité et quels sont les actes administratifs de gestion, les difficultés et les controverses commencent* »⁹⁴. Si certains administrativistes ont aménagé cette distinction⁹⁵, voire y ont substitué une autre⁹⁶, tous en sont restés imprégnés dans la mesure où celle-ci incarnait une problématique sur laquelle s'achoppait les débats doctrinaux : celle relative à la répartition des compétences administratives et judiciaires. Il s'est moins s'agi d'attribuer *ex nihilo* un nouveau critère pour le droit administratif, que de définir le contentieux administratif – et donc d'indiquer ce qui le distingue du contentieux judiciaire – pour qu'il fût en rapport avec les recours juridictionnels l'organisant. C'est en ce sens que les controverses doctrinales sur les actes d'autorité et de gestion ont été engagées. Dans la mesure où le recours de pleine juridiction sembla négligé, Maurice HAURIOU mit son attention à en reconsidérer la nature. Dès lors, les contrats de l'administration, en incarnant principalement le plein contentieux, ont été placés au centre des débats. Il est moins question de résumer toutes les théories relatives à cette problématique, que d'en faire voir les ressorts pour montrer qu'il n'y a pas une doctrine surannée et une autre inédite, mais plusieurs concurrentes qui promeuvent chacune une certaine conception de la juridiction et du contentieux administratifs. En ayant été attirés à ces réflexions, les contrats de l'administration en ont épousé les enjeux.

- 326. La relégation des actes de gestion vers le contentieux judiciaire : l'exemple du professeur JACQUELIN, promoteur de l'unité de juridiction.** – René JACQUELIN paraît se situer à l'extrémité du spectre doctrinal en défendant une opinion iconoclaste parmi les administrativistes : celle de l'unité de juridiction⁹⁷. Cette thèse

⁹⁴ DUGUIT Léon, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », in *R.D.P.* 1906, p. 428.

⁹⁵ Nous pensons notamment à Maurice HAURIOU, qui proposa de distinguer entre les actes de puissance publique, les actes de gestion publique et les actes de gestion privée.

⁹⁶ Nous pensons par exemple à Gaston JÈZE et Léon DUGUIT qui lui ont substitué la distinction entre les actes unilatéraux et les actes contractuels.

⁹⁷ Outre sa thèse de doctorat où René JACQUELIN défend déjà cette opinion dans deux opuscules : *Les principes dominants du contentieux administratif* (1899) & *Une conception du droit administratif* (1899). Cette doctrine

fut loin d'être isolée⁹⁸ : il faut se garder de l'appréhender comme une incongruité, dernier témoignage d'une résistance libérale à la juridiction administrative, avant que celle-ci ne se libéralisât tout à fait par l'action du Conseil d'État⁹⁹. Parmi les administrativistes, il n'est pas le seul à admettre que la distinction entre les contentieux judiciaire et administratif fût dénuée de fondements rationnel. À l'instar de ses contemporains, la succession des acceptions qu'elle reçut l'inclina à penser que « *la répartition des compétences respectives a été dictée uniquement par l'arbitraire* » ; « *le législateur français ne s'est, en réalité, inspiré d'aucune considération d'ordre rationnel, mais seulement de considérations purement empiriques de commodité administrative, et d'opportunité gouvernementale* »¹⁰⁰. C'est encore l'opinion de Gaston JÈZE selon qui le législateur « *a été guidé par des considérations tirées non de la nature des actes ou des recours, mais de l'utilité pratique ou de convenances politiques* »¹⁰¹. Le professeur rennais, Émile ARTUR, projette une analyse encore plus désappointée.

[Les] théories [qui s'y rapportent] sont nées après coup ; elles n'ont jamais dominé l'ensemble du contentieux administratif, mais seulement des parties plus ou moins importantes. Le législateur a continué à régler un assez grand nombre de points sans se préoccuper d'aucune théorie raisonnée, et à l'encontre de ces théories : d'où ces dérogations sans nombre sous lesquelles « les prétendues règles s'écroulent ». D'autre part, la jurisprudence, le Conseil d'État, en même temps qu'il rendait aux tribunaux judiciaires certaines matières, a cru bon d'en retenir d'autres, par exemple le jugement des dettes de l'État. Pour celles-ci la distinction entre les actes de puissance publique et les actes de gestion n'a jamais eu d'application, et l'ancien principe a été maintenu : défense aux tribunaux judiciaires de connaître des actes d'administration, de quelque sorte qu'ils soient, à moins qu'ils n'y soient autorisés par un texte formel¹⁰².

Cet auteur désespère tout à fait d'une conception rationnelle qui départît le contentieux administratif du contentieux judiciaire. Le pragmatisme du Conseil d'État et du législateur d'une part, le dogmatisme de la doctrine de l'autre, les opposent sous tant de points de vue que les contradictions lui semblent insolubles.

est encore prégnante dans cet article-ci : « L'évolution de la procédure administrative », (*in R.D.P.* 1903, XIX, p. 373 et 1903, XX, p. 5). Du reste il l'enseigna à la faculté de Paris jusqu'en 1934.

⁹⁸ Ainsi par exemple lorsqu'en 1894 il s'ensuit à l'Académie des sciences morales et politiques un débat sur les fondements de la juridiction administrative, le sénateur René BÉRENGER et le professeur civiliste Ernest GLASSON ont exprimé vis-à-vis de leurs contradicteurs – Léon AUCOC et Maurice BLOCK – une opinion favorable à l'unité de juridiction (débat suscité à l'occasion d'une étude de Rodolphe DARESTE sur « La réorganisation de la justice administrative en Italie », *in Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1894, CXLI, p. 89).

⁹⁹ C'est sous ce point de vue que le professeur LAIDIÉ nous paraît avoir envisagé la doctrine de René JACQUELIN : « Relire un contempteur de la justice administrative sous la Troisième République : la rhétorique de JACQUELIN » (*in R.F.D.A.* 2013, p. 783).

¹⁰⁰ JACQUELIN René, *Les principes dominants du contentieux administratif...*, *op. cit.* (1899), p. 107.

¹⁰¹ [JÈZE Gaston], Note sur l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), *in L'année administrative* 1904, p. 206.

¹⁰² ARTUR Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *in R.D.P.* 1902, XVII, p. 442. Cet article est l'un des neufs publiés sous le même titre. L'auteur les réunit sous cet intitulé : *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer* (Paris, Pichon, 1905).

On a ainsi abouti à faire jouer, suivant les matières, deux principes très différents : l'ancien principe d'interdiction radicale aux tribunaux judiciaires de connaître ; le principe, plus récent, d'interdiction atténuée. Les deux ne se concilient pas. La jurisprudence n'en a cure : il suffit, pour la mettre à l'aise, qu'ils ne s'appliquent pas aux mêmes objets. Mais la doctrine, qui veut ordonner le contentieux administratif et l'exposer méthodiquement, en est fort embarrassée. (...) On n'arrivera jamais à rendre cela clair, homogène, et satisfaisant pour l'esprit¹⁰³.

Il faut se méfier de ces analyses. Elles s'articulent à un schéma démonstratif orienté à convaincre de la nécessité de formaliser de nouveaux principes, qui pour être rationnels, dussent se libérer du legs de l'histoire. Tant et si bien qu'il est difficile de dire dans quelle mesure ces auteurs se sont donné la liberté de déployer une analyse historique libre des contingences démonstratives.

327. Quoi qu'il en soit, René JACQUELIN propose d'appréhender les actes de l'administration suivant une typologie qui puisse échapper à une dichotomie qui en néglige la diversité. Aussi les analyse-t-il tous suivant un *continuum* où la puissance publique et la patrimonialité figureraient deux pôles entre lesquels la combinaison varierait suivant qu'un acte de l'administration se rapprocherait de l'un ou l'autre.

L'activité de l'administration évolue entre deux points extrêmes : la puissance publique et la patrimonialité. (...) Au lieu que les doctrines proposées jusqu'ici reposent sur une division pour ainsi dire à cloisons étanches, qui ne laisse subsister aucun lien entre les deux catégories d'actes qu'elle implique, la théorie que je vais présenter est bien plutôt fondée sur une idée unique à décroissance graduelle. C'est l'idée de puissance publique qui décline graduellement jusqu'à celle de patrimonialité, lorsqu'elle cesse d'être principale pour devenir seulement accessoire¹⁰⁴.

L'unité juridiction en faveur de laquelle il argumente est sous-tendue par cette conception graduelle des actes de l'administration. Par son biais, René JACQUELIN articule d'une part, « *l'unité indispensable et représentative du pouvoir judiciaire bien distinct du pouvoir exécutif* » par l'institution d'une « *Cour unique placée à la tête du pouvoir judiciaire* » ; d'autre part, « *la spécialité des connaissances* »¹⁰⁵ par l'organisation dans les degrés inférieurs de tribunaux distincts selon l'objet à juger – à l'instar de ce qui existe pour les tribunaux consulaires.

Alors en effet apparaîtrait l'utilisation de la distinction entre la patrimonialité et la puissance publique, tous les litiges soulevés par la

¹⁰³ *Id.*, p. 443. Il ajoute désappointé : « *Le mieux serait de ne pas raisonner. La délimitation entre les deux contentieux s'est établie historiquement : nous ne pouvons prétendre qu'à la constater avec exactitude. (...) Pour comprendre et coordonner certaines des matières réservées aux tribunaux judiciaires par la législation ou la jurisprudence, nous ferons appel à des principes, aux distinctions entre l'État puissance publique et l'État ayant un domaine privé, entre les actes d'autorité et de gestion, entre la nature des droits violés, mais en observant que ces principes et distinctions n'ont qu'une valeur partielle et limitée* » (*ibid.*).

¹⁰⁴ JACQUELIN René, *Une conception du droit administratif*, Paris, Giard & Brière, 1899, p. 17-18.

¹⁰⁵ *Id.* p. 30-31.

première devant ressortir aux tribunaux civils, et tous les autres aux tribunaux administratifs¹⁰⁶.

Les tribunaux – tant judiciaires qu’administratifs – n’useraient que de l’exception d’illégalité, tandis qu’une administration délibérante, distincte de l’administration active quoique placée sous l’autorité du chef de l’exécutif, pratiquerait l’annulation et la réformation des actes de l’administration. En cantonnant dans la sphère de la juridiction gracieuse l’exercice de ce recours, il lui est possible de joindre la réformation à l’annulation. Concevant le droit administratif comme un droit où s’y équilibrent la puissance publique et la patrimonialité, il déplore l’exagération de la première au détriment de la seconde dont les contrats de l’administration en donnent un exemple¹⁰⁷.

Le progrès de la science du droit administratif doit s’aimer vers la recherche d’un équilibre plus exact des deux points extrêmes entre lesquels évolue cette branche du droit, de façon à lui assurer des assises inébranlables¹⁰⁸.

C’est d’ailleurs sous ce point de vue qu’il critique les doctrines divergentes. Au lieu « de trouver des théories rationnelles en vue de rechercher ce qui devrait être »¹⁰⁹, celles-ci se seraient condamnées en épousant de trop près le droit positif, tantôt en libérant exagérément l’administration du respect du Droit, tantôt en l’asservissant trop au respect du droit civil.

Tandis que la théorie [de Théophile DUCROCQ] conduit à faire échapper à toute réglementation juridique les actes d’autorité, puisqu’on les regarde comme n’émanant pas d’une personnalité morale, à l’opposé la doctrine [de Léon MICHOUUD notamment] aboutit rationnellement à faire régir complètement par le droit civil les actes de l’autre catégorie puisqu’on les considère comme émanant d’une personnalité privée. C’est un résultat également inadmissible¹¹⁰.

Ce qui confère à cette doctrine tout son intérêt pour notre sujet, c’est qu’en proposant une alternative, elle impute aux contrats de l’administration une nature identique à celle des contrats des particuliers. « *Ce sont des manifestations de patrimonialité ; encore que le langage administratif les ait qualifiés d’une dénomination spéciale, les marchés de fournitures et les marchés de travaux publics ne sont rien autre chose que des achats d’objets mobiliers et des louages d’ouvrages* »¹¹¹. En leur portant une analyse analogue à celle défendue par les partisans de la distinction entre les actes d’autorité et les actes de gestion, la thèse de René JACQUELIN ne cesse d’être singulière. Cette convergence sur ce point en particulier s’accommode parfaitement d’une divergence au fond sur la

¹⁰⁶ *Id.*, p. 31.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 28-29.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 29.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Id.*, p. 17.

¹¹¹ JACQUELIN René, *Les principes dominants du contentieux administratif...*, *op. cit.* (1899), p. 92.

conception du contentieux administratif. L'assimilation de ces contrats aux contrats privés n'est pas l'apanage d'une doctrine en particulier. Elle ne résulte pas de la prégnance d'une théorie désuète qui souffrirait d'une inconséquence capitale. Les thèses de doctorat réalisées à ce sujet corroborent ce point de vue : qu'il soit question de parfaire la juridiction administrative en lui soustrayant notamment celles de ses attributions les plus controversées¹¹² ou bien de la condenser au sein d'un ordre juridictionnel unique¹¹³, les contrats y sont toujours rejetés parmi les attributions judiciaires.

- 328. Les actes de l'administration : un sujet appréhendé différemment suivant des mobiles doctrinaux spécifiques (1860-1910).** – Les autres théories adoptées à propos des actes de l'administration corroborent la même approche. Excepté Maurice HAURIOU, tous envisagent une certaine typologie qui repousse les contrats de l'administration vers les tribunaux judiciaires. Si la plupart de ces auteurs recourent en ce sens à la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, il ne faut pas en déduire qu'ils l'aient admise de la même manière ou qu'elle fut entendue comme leurs prédécesseurs – tel Léon AUCOC. Cela tient à l'usage doctrinal qui en est fait. Ce dernier avait été porté à développer cette distinction pour contenir les limites de la juridiction ministérielle. Les termes des définitions qu'il propose à cette occasion sont déterminés par la finalité de son propos. C'est-à-dire qu'il présente les choses sous un aspect qui en éclaire la pertinence. Une doctrine doit toujours être appréciée selon l'objet que son auteur lui prête. Suivant Léon AUCOC, les actes d'autorité recouvrent-ils les actes de police, tandis qu'il assimile les actes de gestion à ceux par lesquels l'administration – commise aux intérêts de la société – s'associe l'industrie privée¹¹⁴. Cette distinction est tournée de telle sorte que la juridiction ministérielle devienne rationnellement inacceptable en certaines hypothèses. À savoir les procès où s'y confrontent des intérêts matériels que Léon AUCOC – et certains de ses contemporains – ne souhaitait pas différencier lorsqu'il s'agissait d'actes pécuniaires de l'administration. Il n'est pas étonnant qu'Édouard LAFERRIÈRE développe des propos qui peuvent jeter l'équivoque en faisant croire à une discordance doctrinale¹¹⁵. Celui-ci l'emploie pour distinguer le contentieux administratif du contentieux judiciaire, tandis que Léon AUCOC cherche à distinguer les attributions administratives des attributions contentieuses des ministres. Aussi est-

¹¹² Cf. en ce sens les thèses de Paul-Émile ALLARD (*Étude des principes d'existence et d'organisation de la juridiction administrative*, 1903) et Jean-Marie BOUCHARD (*Des limites du contentieux administratif. Étude historique et critique sur l'évolution du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, 1905).

¹¹³ Cf. en ce sens la thèse de René FRILEUX (*La question de la suppression de la juridiction administrative*, 1903).

¹¹⁴ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'École impériale des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869-1876 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 1, p. 20.

¹¹⁵ Émile ARTUR émet une opinion largement partagée lorsqu'il écrit que Léon AUCOC et Édouard LAFERRIÈRE s'attachaient à définir différemment les actes d'autorité et les actes de gestion (cf. « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », in *R.D.P.* 1900, XIV, p. 264).

il conduit à infléchir la sémantique pour en préférer une qui fasse apparaître l'opposition entre le droit public et le droit privé. Ce positionnement le conduit inexorablement à présenter les choses suivant un point de vue sensiblement différent, combien même leurs doctrines ne divergent pas foncièrement. Suivant le président du Conseil d'État :

Les actes de puissance publique sont les seuls actes de l'administration qui échappent *de plein droit* à la compétence judiciaire. La règle est différente pour les actes de gestion, c'est-à-dire pour ceux que l'administration accomplit en qualité de gérant et d'intendant des services publics et non comme dépositaire d'une part de souveraineté. Les facultés que l'administration exerce dans l'accomplissement de ces actes, n'excèdent pas, en général, celles que les citoyens possèdent en vertu du droit privé, ou qu'ils peuvent s'attribuer par des stipulations librement consenties¹¹⁶.

Or suivant le même auteur, les « *actes de gestion (...) comprennent (...) en général toutes les mesures qui ont pour objet le règlement d'intérêts pécuniaires relatifs aux services publics* »¹¹⁷. Nous ne pensons pas que Léon AUCOC fut partisan d'une conception différente¹¹⁸. D'ailleurs tous deux déployaient la même démonstration en contrebalançant le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, par la théorie de l'État débiteur. Au demeurant, le discours que ces auteurs portent sur les contrats de l'administration s'inspirent incontestablement de la doctrine universitaire qui les précède – CABANTOUS, BATBIE, DUCROCQ. Aussi ne voyons-nous pas plus de dissemblance lorsqu'un administrativiste préfère définir les actes de gestion comme ceux « *que tout particulier pourrait (...) faire pour l'administration de son patrimoine* »¹¹⁹ ; « *actes contractuels, dans lesquels l'administration ne figure pas comme puissance publique, mais comme partie contractant et personne civile* »¹²⁰ ; ou comme ceux « *accomplis par l'administration en vertu de ses droits de personne privée, actes dans l'accomplissements desquels elle jouit vis-à-vis des administrés ses droits ordinaires qui appartiennent à un simple particulier et se trouve placée vis-à-vis d'eux sur un pied d'égalité, en jouissant cependant de certaines prérogatives exceptionnelles justifiées par le but en vue duquel ces actes son accomplis, c'est-à-dire la satisfaction des intérêts d'ordre général et la marche des grands services publics* »¹²¹. Henry BERTHÉLEMY défendit cette doctrine bien en avant du XX^e siècle¹²² et nombre de docteurs l'accueillirent

¹¹⁶ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 436.

¹¹⁷ *Id.*, p. 278-279.

¹¹⁸ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1869), p. 374 *sq.*

¹¹⁹ Telle est la définition proposée par Jules BRÉMOND, professeur à la faculté de Montpellier, et qui se prévaut de l'autorité doctrinale d'Édouard LAFERRIÈRE. Cf. FUZIER-HERMAN Édouard (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français contenant sur toutes les matières de la science et de la pratique juridique l'exposé de la législation, l'analyse critique de la doctrine et les solutions de la jurisprudence et augmenté sous les mots les plus importants de notions étendues de droit étranger comparé et de droit international privé*, Paris, Larose, 1886-1906 (37 vol.), t. 12 (1894), p. 605 (v^o Compétence administrative) (cet article fit l'objet d'un tiré-à-part sous le titre : *Traité de la compétence administrative*, 1894).

¹²⁰ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (7^e éd.), t. 1 (1897), p. 18.

¹²¹ LÉON Marie, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir », in *R.D.P.* 1901, XVI, p. 446.

¹²² Cf. BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1900-1901), p. 20 *sq.*

dans leur démonstration¹²³. Ce qui nous importe ici, c'est de noter que les définitions ne peuvent être considérées qu'autant que l'on tienne compte des démonstrations avec lesquelles elles s'articulent. Nonobstant la diversité des approches, toutes ces doctrines promeuvent une indifférenciation des contrats.

329. Pour les administrativistes de la toute fin du XIX^e siècle, la doctrine opposant les actes d'autorité aux actes de gestion est employée dans le sens d'une restriction de la compétence administrative. En ce sens, René JACQUELIN qui proposait d'unifier les deux ordres de juridiction sous l'autorité de la Cour de cassation n'est pas si singulier : il envisageait une alternative qui se situait dans une certaine continuité d'idées vis-à-vis des autres administrativistes¹²⁴. Henry BERTHÉLEMY est sûrement le plus explicite à cet égard. En posant de manière provocante la question de savoir si les tribunaux administratifs pourraient ne pas exister, il estime que celle-ci n'aurait pas lieu d'être « *si la compétence des juridictions administratives avait été rigoureusement limitée à ce que [il a] nommé le contentieux administratif normal* »¹²⁵, c'est-à-dire le contentieux des actes d'autorité.

Nous aurons à signaler un nombre considérable de matières et de procès qui, pour des raisons très diverses, ont été soustraits aux juridictions judiciaires pour être déferés aux tribunaux administratifs. C'est ainsi que le contentieux des travaux publics, par exemple, et le contentieux des ventes domaniales sont déferés par la loi de pluviôse an VIII aux Conseils de préfecture. C'est ainsi que le contentieux des marchés de fournitures pour le compte de l'État est déferé au Conseil d'État.

C'est sur la confusion (...) engendrée [entre le contentieux administratif par nature et le contentieux administratif par détermination de la loi] et sur l'oubli des principes qui en est résulté que se sont appuyées toutes les critiques dirigées contre les juridictions administratives¹²⁶.

Certains docteurs y font écho, comme Jean-Marie BOUCHARD qui appelle à la restriction du « *domaine du contentieux administratif au contrôle de la légalité des actes de la puissance publique* », persuadé qu'il est que « *les tribunaux administratifs [en seraient] d'autant plus respectés* »¹²⁷. En esquisant les contours du contentieux administratif à l'aide des actes d'autorité ou de puissance publique¹²⁸, ces auteurs ne s'attachent pas à

¹²³ Pour citer, à titre d'illustration, quelques thèses soutenues au tournant du XX^e siècle, cf. celles de Charles MONESTIER (*Règles de compétence en matière de contrats passés par l'administration*, 1898), Achille MESTRE (*De l'autorité compétente pour déclarer l'État débiteur*, 1899), Prosper GRIVELLÉ (*De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion*, 1901), Henry NÉZARD (*Théorie juridique de la fonction publique*, 1901) ou encore Jean-Marie BOUCHARD (*Des limites du contentieux administratif*, 1905).

¹²⁴ Dans sa critique de l'opuscule de René JACQUELIN (*Les principes dominants du contentieux administratif*), le professeur rennais Émile ARTUR envisage cette alternative avec beaucoup de sérieux, sans laisser supposer qu'il l'eût trouvée inepte (cf. « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », in *R.D.P.* 1902, XVII, p. 92 sq.).

¹²⁵ BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit. (1^{re} éd., 1900-1901), p. 24.

¹²⁶ *Id.*, p. 25.

¹²⁷ BOUCHARD Jean-Marie, *Des limites du contentieux administratif...*, op. cit. (1905), p. 137.

¹²⁸ Quoique les répertoires aient moins pour objet de verser dans les controverses doctrinales que de

exacerber « *la domination de l'administration sur les administrés* » comme l'affirme par exemple le professeur BIGOT¹²⁹. Dans les années 1850, le professeur CABANTOUS s'est évertué à saillir au plus près l'architecture de l'administration en distinguant entre les administrations active, délibérante et juridictionnelle. Son intention procédait d'une volonté d'affirmer la séparation stricte entre les attributions administratives et contentieuses. Dans la même perspective, en portant leur attention sur les actes d'autorité, ces administrativistes de la fin du XIX^e siècle¹³⁰ n'ont pas tant été obnubilés par la puissance de l'État, qu'ils ont souhaité en circonscrire les manifestations, ceci pour déjouer les critiques adressées à la juridiction administrative.

présenter l'état du droit positif, ils corroborent la prédominance de cette opinion. En témoignent Léon BÉQUET dans le *Répertoire du droit administratif* (t. 8, v^o Contentieux administratif), Jules BREMOND dans le *Répertoire général alphabétique du droit français* (t. 12, v^o Compétence administrative) ou encore le *Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique* de DALLOZ, alors placé sous la direction de Gaston GRIOLET et Charles VERGÉ (t. 3, v^o Compétence administrative). Les deux autres répertoires concurrents, en étant plus restrictivement orientés vers le droit privé, sont plus allusifs sur le sujet : cf. le *Répertoire encyclopédique du droit français* de Fernand LABORI (t. 3, v^o Compétence administrative) & les *Pandectes françaises* d'Hyppolite-Ferréol RIVIÈRE (t. 11, v^o Autorité administrative (acte de l')).

¹²⁹ BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, P.U.F., 2002, p. 246. Il a développé plus amplement cette opinion dans deux articles : « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 » (*in* R.F.D.A. 2003, p. 218) & « La dictature administrative au XIX^e siècle : théorie historique du droit administratif » (*in* R.F.D.A. 2003, p. 435). Nous pouvons citer dans le même sens un article du professeur BURDEAU : « Naissance d'un droit » (*in* [collectif], *Nonagesimo anno : mélanges en hommage à Jean GAUDEMET*, Paris, P.U.F., 1999, p. 521). Tandis que le professeur MESTRE s'est plutôt attaché à démontrer l'existence d'un droit administratif de l'Ancien Régime, les deux précédents sont les principaux représentants de cette conception historique du droit administratif, c'est-à-dire d'un droit administratif appréhendé comme un faisceau de contraintes formalisé verticalement par l'administration pour s'assurer la subordination des administrés ; d'un droit administratif qui eût pour objet de légitimer la puissance de l'administration publique vis-à-vis de la société civile. Si nous ne nions pas la pertinence de cette approche, ni même le fruit de ses conclusions, nous pensons qu'elle pourrait être enrichie d'autres approches complémentaires.

¹³⁰ En plus des auteurs déjà cités, nous pouvons ajouter René WORMS, alors auditeur au Conseil d'État (« La juridiction du Conseil d'État et ses tendances actuelles », *in* *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1905, CLXIV, p. 632). Émile ARTUR se prononce dans le même sens, quoiqu'il fait montre d'un ton désabusé qui lui est particulier, en ne reconnaissant à ces doctrines qu'une « *valeur partielle et limitée* » (« Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *in* R.D.P. 1902, XVII, p. 439). Si Léon MICHOUX traite de la distinction entre les actes d'autorité et de gestion, c'est à propos de la question relative à la responsabilité délictuelle de l'État (cf. « De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents », *in* R.D.P. 1895, III, p. 401 ; IV, p. 1 et 251 ; « De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents », *in* R.D.P. 1897, VII, p. 41). Quoi qu'il en soit, il y défend – dans un sens similaire aux auteurs précités – l'idée suivant quoi le champ d'application du droit administratif devrait être réduit. Il est plus difficile de se prononcer pour Léon MARIE : s'il ne s'est pas soucié à proprement parler de la répartition des compétences entre les ordres administratif et judiciaire. Cela étant, il semble adhérer à cette dichotomie entre les actes d'autorité et de gestion (cf. « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir », *in* R.D.P. 1901, XVI, p. 265 et 476).

330. Léon DUGUIT¹³¹ et Gaston JÈZE¹³² : deux auteurs au diapason avec leurs contemporains. – La doctrine de Léon DUGUIT est – pour notre sujet – aussi édifiante que celle de René JACQUELIN. Toutes deux sont iconoclastes ; et si celle du second peut paraître – à tort – datée en ressassant des idées vieilles, celle du premier s’attire au contraire l’effet d’une théorie subversive. Sans expliciter les tenants et les aboutissants de la doctrine du professeur bordelais¹³³, sa définition de l’acte juridique tient à la volonté de son auteur¹³⁴, laquelle est employée pour en apprécier la validité – selon qu’elle soit ou non conforme à un but de solidarité sociale¹³⁵. En développant plus en avant une théorie des actes administratifs, Léon DUGUIT s’attache à une typologie qui emprunte quelques aspects à la distinction entre les actes d’autorité et les actes de gestion. Nous admettons que la distinction entre les actes unilatéraux et les actes contractuels, qu’il superpose à la première¹³⁶, procède de motifs qui lui sont propres. Et pourtant il se rapproche sensiblement des contemporains pour qui les

¹³¹ Au sujet de Léon DUGUIT (1859-1928), voir la notice biographique que lui consacre M. MILET dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Professeur à la faculté de Caen en histoire du droit français (1883-1886), il fut muté à la faculté de Bordeaux pour le reste de sa carrière universitaire (1886-1912).

¹³² Au sujet de Gaston JÈZE (1869-1953), voir la notice biographique que lui consacre M. MILET dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi qu’un colloque dont les actes ont été publiés à la *Revue d’histoire des facultés de droit* (1991, n° 12) & « Le printemps de la jeune recherche » consacré à cet auteur et publié à la *R.F.D.A.* (2012, p. 141 *sq.*). Pour de plus amples informations biographiques sur Gaston JÈZE, cf. MASLARSKI David, « La conception de l’État de Gaston JÈZE », in *Jus politicum* 2009, n° 3 (disponible sur Internet). Il fut brièvement fonctionnaire à la préfecture de la Seine. Chargé de cours à la faculté d’Aix-en-Provence (1899-1901), il fut nommé professeur à la faculté de Lille (1901) après une troisième tentative à l’agrégation. Il rejoignit la faculté de Paris en 1909 pour quitter ses fonctions en 1937. Outre ses enseignements en droit administratif, il se distingua encore dans les finances publiques.

¹³³ À cet égard, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à un ouvrage tel que celui du professeur ESPAGNO : *Léon DUGUIT, de la sociologie et du droit* (Le Mans, Éditions l’Épitoge, 2013).

¹³⁴ « L’acte juridique proprement dit est une manifestation de volonté, faite dans les limites fixées par le droit objectif, dans le but de créer une situation juridique subjective » (DUGUIT Léon, « L’acte administratif et l’acte juridictionnel », in *R.D.P.* 1906, p. 414 ; cet article fut intégré à son *Manuel de droit constitutionnel*, dont la première édition date de 1907). Cf. également du même auteur : *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l’État. Conférences faites à l’École des hautes études sociales*, Paris, Alcan, 1908, p. 69 *sq.*

¹³⁵ Cf. DUGUIT Léon, *Études de droit public*, Paris, Fontemoing, 1901-1903 (2 vol.), t. 1, p. 320 *sq.*

¹³⁶ Il attribue la terminologie des actes d’autorité et des actes de gestion à la « conception individualiste » du droit, laquelle fut en mal d’admettre qu’un effet de droit pût résulter d’autre chose que d’un contrat. « Sous l’influence de cette conception, on a longtemps admis comme un dogme (...) qu’un effet de droit, créant ou modifiant une situation juridique entre deux personnes, ne pouvait être produit que par le concours des volontés de ces deux personnes ; qu’en un mot un effet de droit ne pouvait être créé que par un contrat. (...) Dès lors, lorsqu’on a étudié théoriquement en France le droit public à la fin du XIX^e siècle et qu’on a vu que très fréquemment la volonté unilatérale d’un agent public, agissant au nom d’une personne publique, produisait un effet de droit, sans qu’on pût assimiler de près ou de loin cet acte à un contrat, dominé par le faux dogme du contrat, on a dit : Si, en droit public, l’effet de droit est souvent produit par un acte de volonté unilatérale, cela tient à la nature propre de la volonté qui se manifeste et qui par sa seule force peut produire un effet de droit, soit parce que les individus qui manifestent cette volonté sont les organes ou les représentants d’une personne collective publique investie d’une puissance commandante, soit parce qu’ils sont investis eux-mêmes d’une compétence spéciale, d’un imperium, en vertu duquel ils peuvent créer par leur seule volonté un effet de droit. D’où naturellement le nom d’actes d’autorité (ou de puissance publique) donné à ces actes administratifs unilatéraux. (...) L’expression actes de gestion n’est point exacte, car très souvent, pour gérer son patrimoine, l’administration procède par voie d’acte unilatéral ; et, d’autre part, rien ne s’opposerait à ce que, pour faire autre chose que gérer son patrimoine, l’administration procédât par voie d’actes contractuels » (DUGUIT Léon, « L’acte administratif et l’acte juridictionnel », in *R.D.P.* 1906, p. 441-442).

contrats de l'administration relèvent du droit privé. Le contentieux administratif recouvrirait selon Léon DUGUIT celui des actes dans lesquels la volonté de l'administration serait seule en cause.

Ce contentieux administratif ne peut avoir que l'étendue déterminée par le but qui a inspiré sa création : éviter un conflit entre la volonté administrative et la volonté judiciaire. Or, ce conflit n'est possible que lorsque la situation de droit, qui donne lieu au procès, est créée par la volonté seule de l'administration, ou, d'une manière plus générale, lorsque la solution de la question soumise au juge implique l'appréciation d'une volonté juridique exclusivement administrative¹³⁷.

Il ne s'agit pas d'apprécier cette doctrine pour ce qu'elle est, mais de rendre compte qu'en la formalisant, Léon DUGUIT n'en adhère pas moins à une certaine conception des choses qui lui fait verser dans le contentieux judiciaire celui des contrats de l'administration. « *Les actes d'autorité, précisément parce qu'ils sont unilatéraux, doivent seuls et peuvent seuls donner naissance en principe au contentieux administratif* »¹³⁸. Corollairement, « *lorsqu'au contraire il y a un acte de gestion, acte contractuel, la situation de droit objet du procès n'est pas née de la volonté seule de l'administration ; la solution de la question soumise au juge n'implique pas l'appréciation de la volonté seule de l'administration* »¹³⁹. Il est amené à cette conclusion en adoptant une perspective où il se refuse de distinguer selon le but que se proposent les volontés qui concourent à un contrat.

Le caractère obligatoire du contrat, même à l'égard des gouvernants, de l'État, est incontestable et s'explique facilement. Si l'État n'est pas de sa nature une puissance commandante, si les gouvernants sont des individus comme les autres, il est de toute évidence que le contrat qu'ils souscriront produira les mêmes effets que le contrat consenti par un simple particulier. Tout acte de volonté, émané du gouvernant et déterminé par un but de droit, produit un effet de droit. (...) L'effet de droit est produit par chaque déclaration de volonté, prise en elle-même ; seulement ces deux déclarations de volontés sont provoquées l'une par l'autre. Le gouvernant nous apparaît sous le même caractère, qu'il signe un contrat ou qu'il affirme unilatéralement sa volonté. Notre proposition, tirée directement de notre conception de la solidarité sociale, reste toujours vraie¹⁴⁰.

Plus loin il réfute spécialement les thèses affirmant l'existence de contrats de droit public, distincts des contrats de droit privé.

Le droit reste toujours le droit. Le contrat reste toujours obligatoire pour le gouvernant, quand le but qui l'a déterminé était conforme au droit. Le gouvernant est, comme le gouverné, soumis au droit objectif ; tout acte

¹³⁷ *Id.*, p. 443.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.* Il développe : « *La situation est née non pas de la volonté administrative seule, mais du complexe des volontés concourantes. Le tribunal judiciaire pourra interpréter, annuler même l'acte de gestion, sans qu'il y ait vraiment conflit entre la volonté judiciaire et la volonté administrative, puisqu'il annule un effet produit, non par la volonté administrative, mais par un concours de volontés auquel la volonté administrative est simplement participante* » (*ibid.*).

¹⁴⁰ DUGUIT Léon, *Études de droit public*, op. cit., t. 1 (1901), p. 373-374.

de volonté conforme au droit objectif oblige subjectivement le gouvernement aussi rigoureusement que le gouverné¹⁴¹.

À l'inverse de Gaston JÈZE, il conserva cette doctrine pendant l'Entre-deux-guerres, tandis que celui-là et d'autres avec lui s'engageront à formaliser un concept pour le contrat administratif¹⁴².

- 331.** Gaston JÈZE prône la même approche¹⁴³ avant de s'en désolidariser vers la fin des années 1900 – ainsi qu'en témoignent par exemple ses notes sous les arrêts *THÉRON* (1910)¹⁴⁴ et *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912)¹⁴⁵. Il n'est pas question de sous-entendre qu'avant cette inflexion il défendit une opinion médiocre, insuffisamment mûrie. Elle s'inscrit alors dans la doctrine majoritairement admise au tournant du XX^e siècle, alors même que les justifications sont parfois différentes selon les auteurs considérés. Aussi ne peut-on convenir qu'elle repose sur d'autres motifs que l'adhésion à une théorie qui fût surannée. René JACQUELIN la soutient dans un système qu'il déploie en faveur de l'unité de juridiction ; les administrativistes que nous avons cité à sa suite, pour parer aux critiques assaillant la juridiction administrative en en diminuant le crédit ; Léon DUGUIT près duquel se range Gaston JÈZE, pour fonder une nouvelle théorie de l'État. Si la thèse de la compétence judiciaire pour les contrats de l'administration résulte de motifs spécifiques, elle est la plus largement partagée. Elle participe en même temps d'un regard contemporain sur les institutions administratives. La doctrine administrative s'est tout à fait appropriée la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion – ou celles que nous lui avons apparentées. Si le Conseil d'État l'a peu à peu abandonnée dans la décennie

¹⁴¹ *Id.*, p. 377.

¹⁴² Cf. à cet égard les trois éditions du *Traité de droit constitutionnel*, dont la publication s'échelonne de 1911 à 1930.

¹⁴³ C'est peu avant l'article précité de Léon DUGUIT que Gaston JÈZE emploie cette typologie alternative entre les actes unilatéraux et les actes contractuels. Il faut dire qu'il souhaite plus modestement présenter la jurisprudence administrative. « On est amené à constater que la compétence administrative par nature, toutes les fois que l'action naît à l'occasion d'un service public et ne repose pas sur un acte contractuel ». En déclinant en plusieurs formules ce principe, il ajoute : « Toutes les fois que le recours contentieux au fond repose sur une manifestation contractuelle de volonté, la compétence est, par sa nature, judiciaire, même s'il s'agit de la gestion d'un service public et sans qu'il y ait à distinguer entre les services de l'État et les services locaux ». À l'instar des autres administrativistes, il admet que « pour la plupart des actes contractuels accomplis pour le compte de l'État, un texte consacre la compétence administrative » (« Les principes généraux du droit administratif », in *R.G.A.* 1904, I, p. 409-411). La deuxième édition de ses *Principes généraux* (1914) se différencie tout à fait de la première (1904) par des analyses et un plan plus personnels, quoiqu'il n'y traite pas de notre sujet. S'il entreprend dans les années 1900 une critique méticuleuse de la typologie des recours contentieux (cf. « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et recours de pleine juridiction » (in *R.D.P.* 1908, p. 671) & « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux » (in *R.D.P.* 1909, p. 667)), sa doctrine sur les contrats de l'administration est assez peu originale dans les premières années du XX^e siècle.

¹⁴⁴ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *THÉRON c. Ville de Montpellier* (C.E., 4 mars 1910), in *R.D.P.* 1910, p. 249.

¹⁴⁵ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in *R.D.P.* 1914, p. 145.

1900¹⁴⁶, il faut se garder de l'analyser comme un reliquat du siècle précédent que la jurisprudence aurait écarté pour permettre la formalisation du droit administratif moderne. C'est une vision tronquée de l'histoire du droit administratif, qui fait apparaître le contrat administratif comme un aboutissement nécessaire, là où précisément une conception alternative avait été tout à fait assimilée aux discours doctrinaux du début du XX^e siècle.

332. Maurice HAURIOU : un auteur soucieux de réorganiser le contentieux administratif autour du plein contentieux. – Parmi les administrativistes de renom, il n'y a en somme que Maurice HAURIOU – et peu après lui Gaston JÈZE – pour défendre des doctrines alternatives au sein desquels tous les contrats de l'administration ne fussent pas purement et simplement assimilés au contrat du droit privé. Que l'on prenne garde ! Cela n'implique pas nécessairement la conceptualisation du contrat administratif. Jusque dans les années 1920, Gaston JÈZE défendit la compétence administrative pour les contrats liés aux services publics, ce pour des raisons tenant à l'économie juridictionnelle. La préoccupation de ces deux auteurs concorde en ceci qu'ils se sont évertués à réorganiser le contentieux administratif. C'est pour porter cette entreprise que le premier des deux affirme : il « *faut en Droit public des théories multiples* », pour la raison qu'« *il n'est pas bon qu'une seule soit suivie, parce que si elle n'est pas complètement vraie tout le monde se fourvoie et le progrès est arrêté pour longtemps* »¹⁴⁷. Son ambition fut de présenter le contentieux administratif d'une autre manière que celle majoritairement admise : à savoir qu'il y eût un contentieux par nature et un contentieux par détermination de la loi¹⁴⁸. La distinction qu'il propose entre les actes d'autorité, les actes de gestion publique et les actes de gestion privée procède de cette volonté d'accorder au contentieux de pleine juridiction toute son importance, sans réduire le contentieux administratif *par nature* au contentieux de l'annulation des actes d'autorité. C'est le sens de sa théorie de la gestion administrative, développée pour mettre « *fin à la crise que subit le Droit*

¹⁴⁶ La doctrine administrative fut loin d'y être acquise. Après l'arrêt TERRIER (1903), Henry BERTHÉLEMY continue à enseigner sa doctrine dans les mêmes termes, c'est-à-dire sans la recadrer avec les évolutions jurisprudentielles indiquées par cet arrêt. De même le professeur lyonnais APPLETON lui applique une critique sévère : « *La jurisprudence du Conseil d'État paraît se laisser entraîner à une extension fort arbitraire de la compétence administrative. (...) Pour s'être ainsi écartée de la théorie si clairement exposée et soutenue par M. BERTHÉLEMY, [le Conseil d'État] n'a rendu ni plus rapide, ni moins coûteuse la solution des petites litiges de la nature de celui à l'occasion duquel il a adopté la thèse de M. ROMIEU [c'est-à-dire l'arrêt TERRIER]. Si cette jurisprudence persiste, les particuliers seront obligés de porter devant le Conseil d'État, à grands frais, des litiges de minime importance, et, s'ils n'ont pas le bonheur d'être admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, de dépenser, pour faire juger leur querelle, une somme dix ou vingt fois supérieure à l'intérêt du litige. C'est rendre pratiquement impossible la défense et la réalisation des droits des particuliers dans de petites procès, pour la solution desquels le juge de paix serait le magistrat tout désigné* » (Recension du *Traité élémentaire de droit administratif* (3^e éd.) de BERTHÉLEMY, in R.D.P. 1905, p. 663).

¹⁴⁷ HAURIOU Maurice, *La gestion administrative...*, op. cit. (1899), p. 37.

¹⁴⁸ Il poussa loin cette entreprise en réalisant une étude qu'il laissa inachevée : « Les éléments du contentieux » (in *Recueil de législation de Toulouse* 1905, p. 1 & 1907, p. 149).

administratif français »¹⁴⁹.

La théorie de la gestion permettra, je crois, de revenir à une situation plus normale, car il n'est pas naturel que ce qu'il y a de plus réel dans l'administration, l'exécution des services publics, n'occupe pas la place principale dans le Droit administratif¹⁵⁰.

Il explicite sans équivoque les mobiles de cette proposition doctrinale. Par son biais, « *le contentieux administratif n'est pas désorganisé, la compétence reste administrative pour toutes les opérations que nécessite l'exécution des services publics ; bien mieux, le contentieux ordinaire trouve son fondement et son explication dans le fait même de la coopération que contient la gestion* »¹⁵¹. À l'inverse d'un Émile ARTUR qui recommandait d'éliminer les « *bizarries* » du contentieux administratif, comme celles se rapportant aux « *partages de compétence entre les deux ordres de tribunaux à propos du même contrat* »¹⁵², Maurice HAURIOU associe au droit administratif ceux des contrats liés à l'exécution des services publics. En les présentant comme participant de la « *gestion contractuelle* »¹⁵³, il propose une approche qui donne à les voir non plus comme une exception, mais comme une manifestation caractéristique du droit administratif.

333. Aussi se rapproche-t-il en un certain sens des administrativistes du premier XIX^e siècle qui s'étaient expliqués certains contrats de l'administration – essentiellement les marchés de fournitures de l'État – comme un vecteur de l'action administrative. Cependant le professeur toulousain n'emploie pas l'expression de « *contrat administratif* » dans le même sens que ces derniers. Elle désigne alors un contrat pour l'exécution duquel l'administration use de prérogatives exorbitantes du droit commun, dont la reconnaissance est concomitante de l'abandon de la juridiction ministérielle. Tandis que selon les administrativistes du premier XIX^e siècle, elle renvoie à une configuration institutionnelle où l'administration active et l'administration contentieuse participent d'un même *continuum*. Au demeurant, le droit administratif est conçu pour chacune de ces époques d'une manière si différente que toute comparaison en est périlleuse. Quoi qu'il en soit, celui-ci rompt – dans un premier temps isolément¹⁵⁴ – avec une appréhension du droit administratif qui

¹⁴⁹ *Id.*, p. iij-iv.

¹⁵⁰ *Id.*, p. iv

¹⁵¹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose, 1900-1901 (4^e éd., 1 vol.), p. 235.

¹⁵² ARTUR Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », in *R.D.P.* 1902, XVII, p. 446.

¹⁵³ Maurice HAURIOU distingue quatre modes de gestion : la gestion contractuelle, la gestion pécuniaire, la gestion officieuse et la gestion forcée (cf. *La gestion administrative...*, *op. cit.* (1899), p. 22 sq.). Il la définit comme suit : « L'acte de gestion contractuelle est le contrat dit administratif, c'est-à-dire le contrat passé directement pour assurer le fonctionnement d'un service public ; il implique par lui-même la collaboration d'un entrepreneur ou d'un fournisseur au concours duquel l'administration fait appel » (*ibid.*).

¹⁵⁴ Nous lui connaissons peu de partisans au début du XX^e siècle, si ce n'est le professeur aixois Félix MOREAU qui lui donne son adhésion dans une recension de son précis (in *R.D.P.* 1900, XIV, p. 557), puis dans son propre manuel où, du reste, il ne se fait aucune idée exagérée de ces représentations

confine le contentieux contractuel aux marges du contentieux administratif. En recentrant le contentieux administratif sur le contentieux de pleine juridiction, il repense la nature afin de l'y associer pleinement.

Je considère comme un résultat important d'avoir expliqué la recevabilité du recours contentieux ordinaire par le seul effet de l'acte ou de la situation de gestion, sans avoir à invoquer le prétendu droit acquis du demandeur¹⁵⁵.

C'est dans cette perspective qu'il engage une conception des contrats de l'administration qui se différencie foncièrement de ses contemporains. Ce n'est pas que le doyen toulousain fût plus lucide. Seulement il se donne des interrogations qui le conduisent à saisir autrement un objet du droit administratif bien connu de la doctrine administrative. Il rehausse l'intérêt du contentieux administratif dont il fait le principe du droit administratif, cela – pensons-nous – afin de se représenter le droit administratif sous un aspect qui puisse le rapprocher du droit privé. Sans occulter ce qui a trait aux institutions administratives, il insiste davantage que ses contemporains sur les actes de l'administration et le contentieux qu'ils génèrent, de telle sorte que le droit administratif apparaisse comme une discipline proprement juridique en empruntant certains des caractères du droit privé.

Il faut que la doctrine française se ressaisisse et recrée une théorie du contentieux. Or, à mon avis, la gestion administrative doit être l'axe de cette théorie ; elle nous a déjà rendu la croyance en l'existence d'une source spontanée du recours contentieux ordinaire, ce qui est un point capital ; elle va de même nous permettre de déterminer le domaine propre de la compétence administrative et celui de la compétence judiciaire¹⁵⁶.

L'on ne peut pas affirmer que Maurice HAURIOU fût à l'origine d'une conceptualisation du contrat administratif. Ce serait entendre qu'il eût engagé ses réflexions en ce sens. Or pour être singulières, elles sont celles d'une époque ; elles doivent être comprises (sauf à les mésinterpréter) en les rapprochant de celles de ses contemporains immédiats avec qui il est entré en contradiction. Il n'y eût pas une ancienne doctrine contre une doctrine moderne : mais un florilège de doctrines. Parmi celles-ci, certaines passent – rétrospectivement – pour rétrogrades, lorsque d'autres sont abusivement présentées comme ayant précipité la genèse du concept contrat administratif. Nous y insistons : aucun administrativiste n'a envisagé de formaliser un tel concept pour le droit administratif. Les développements qu'ils ont consacrés aux contrats de l'administration participent de la définition du contentieux

intellectuelles : « *Les classifications ne sont que des procédés scientifiques, elles sont subjectives ; la nature n'offre pas les catégories tranchées dans lesquelles, par commodité, la science classe les phénomènes ; elle présente une série ininterrompue, et sur certains points extrêmes, les classifications paraissent être en défaut. Ce n'est pas une raison pour y renoncer, si c'est une raison pour n'y pas attacher trop d'importance* » (*Manuel de droit administratif. Organisation administrative. – Travaux publics. – Assistance publique. – Domaine public. – Impôts. – Contentieux*, Paris, Fontemoing, 1909, p. 68).

¹⁵⁵ HAURIOU Maurice, *La gestion administrative...*, *op. cit.* (1899), p. 55.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 79-80.

administratif plutôt que de la théorisation d'un régime juridique propre à certains d'entre eux. Nous souhaitons confirmer cette thèse en abordant la jurisprudence administrative que l'on présente usuellement comme fondatrice du contrat administratif : les arrêts *TERRIER* (1903), *THÉRON* (1910) et *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912).

Chapitre 3

Une conceptualisation prétorienne du contrat administratif ?

334. Nous nous présentons classiquement les arrêts *TERRIER*, *THÉRON* et *Société des granits porphyroïdes des Vosges* comme ceux à partir desquels le Conseil d'État a conceptualisé les contrats administratifs. Tandis que leur théorisation doctrinale est datée des années 1920 avec Gaston JÈZE, le juge du Palais-Royal fait figure de précurseur : il aurait initié ce que la doctrine eût achevé. Cette chronologie ne laisse de surprendre. Les contemporains du Conseil d'État de la Belle Époque auraient-ils réceptionné sa jurisprudence sans parvenir à entreprendre une théorisation quelconque – ne fût-ce qu'une esquisse ? Est-ce comprendre que des membres éminents du Conseil d'État auraient pensé à eux seuls le contrat administratif en restant parfaitement isolés dans leur initiative ? Cela ne constitue – à notre sens – qu'un mythe : le Conseil d'État de la Belle Époque n'a pas conceptualisé le contrat administratif, dans le sens où nous l'entendons aujourd'hui. Nous envisageons cette critique à la fin de notre titre, car notre démonstration implique deux choses. D'une part, ni dans l'environnement du parlement, ni dans la doctrine (universitaire) administrative, les contemporains n'ont souhaité ou exprimé le souci de concevoir un contrat autonome du droit privé dont le régime juridique fût spécifique par le genre. C'est-à-dire d'en proposer une définition *per genus et differentiam*. D'autre part, si ces mêmes contemporains ont été mus par une certaine préoccupation, ce fut celle d'aider à la réforme de la juridiction administrative afin de résoudre ce qui se présentait comme des vices structurels. Nous sommes convaincu que s'il est question de « contrat administratif » à cette époque (le terme n'est pas rare), il doit être compris dans un *continuum* qui le rapproche du contentieux administratif et de la juridiction administrative. C'est pourquoi nous nous proposons d'aborder l'arrêt *TERRIER* en nous attachant en particulier à la manière dont il fut reçu par ses contemporains (**section 1**), avant de nous tourner vers les deux autres arrêts et de comprendre d'où procède cette historiographie (**section 2**).

Section première. – Un arrêt mythifié : la jurisprudence *TERRIER*

335. **Le Conseil d'État, père du contrat administratif ?** – L'appréhension avec laquelle les administrativistes ont saisi les concessions de service public (dans la première décennie du XX^e siècle), a familiarisé cette idée que certains rapports consensuels de l'administration pouvaient ne pas être exclusivement conçus par le biais du contrat ; et qu'il pouvait se compliquer d'autres aspects pour saillir plus opportunément des

pratiques administratives profondément renouvelées. À cet égard, nul autre que Maurice HAURIOU – dans les notes de jurisprudence publiées au *Recueil Sirey* – n’a mieux appréhendé les problématiques sociales et économiques sous-jacentes aux difficultés juridiques soulevées par les concessions. En s’apprêtant à formaliser une théorie *du* contrat administratif, Georges PÉQUIGNOT a très bien discerné ces répercussions :

Si, depuis le début de ce siècle, les traits qui nous apparaissent maintenant comme essentiellement caractéristiques du contrat administratif ont pénétré progressivement le contrat de concession, si l’on a admis que ce prétendu contrat pouvait être modifié par la volonté unilatérale de l’Administration, si l’on a reconnu aux usagers, c’est-à-dire à des tiers qui n’avaient pas été parties à l’acte, le droit d’en faire respecter à leur profit les stipulations, c’est que (...) on a fini par voir dans la concession de service public, autre chose qu’un contrat¹⁵⁷.

D’un point de vue différent, le professeur DRAGO soulignait – après d’autres – la mesure disproportionnée avec laquelle la théorie des contrats administratifs rend compte de la concession de service public. « *Et si la concession était (...) une situation exorbitante par rapport à la théorie du contrat administratif ?* ». Et plus loin d’ajouter : « *Faire de la concession l’archétype du contrat administratif a de quoi surprendre* »¹⁵⁸. Si l’on convient du fait que la concession a largement contribué à formaliser le concept de contrat administratif dans l’Entre-deux-guerres, il ne s’agit pas moins d’être prudent. Certains administrativistes ont en effet réinventé ce contrat au début du XX^e siècle. Rien n’indique cependant qu’ils eurent alors conscience de poser les prodromes d’une théorie des contrats administratifs. À tout le moins n’ont-ils pas manifesté un tel dessein. Aussi ne faut-il pas se méprendre sur leurs intentions, au risque de se faire une idée biaisée de la genèse du contrat administratif (dans son acception moderne). Les réflexions qui se sont tenues – au cours de la Belle Époque – sur les concessions de service public n’ont pas été entreprises à l’effet d’ébaucher une théorie des contrats administratifs. Pour exister, la locution « contrat administratif » a reçu une portée essentiellement contentieuse. Nous venons d’en expliciter quelques aspects, en soulignant sous quels rapports ces contrats ont été appréhendés dans les années d’avant-guerre. Nous souhaitons maintenant analyser comment les jurisprudences présentées – aujourd’hui – comme fondatrices des contrats administratifs, ont pu être réceptionnées par la doctrine administrative contemporaine. Nous pensons aux trois arrêts cardinaux du Conseil d’État : *TERRIER* (1903), *THÉRON* (1910) et *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912). Démontrer qu’ils n’ont pas en tant que tels contribué à conceptualiser le contrat administratif, c’est plus largement battre en

¹⁵⁷ PÉQUIGNOT Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Perpignan, Imprimerie du Midi, 1945 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier ; présidée par NESMES-DESMARETS, professeur de droit administratif), p. 23.

¹⁵⁸ DRAGO Roland, « Paradoxes sur les contrats administratifs », in [collectif], *Études offertes à Jacques FLOUR*, Paris, Répertoire notarial Defrénois, 1979, p. 152 et 154.

brèche cette idée qu'il y eut une théorie jurisprudentielle des contrats administratifs au cours des années 1900¹⁵⁹. C'est plus tardivement dans les années 1920 que certains administrativistes se sont attachés à formaliser un tel concept en alignant – notamment – les arrêts précités dans une perspective qui fit voir rétrospectivement une cohérence qui n'a pas nécessairement été sentie dans les décennies précédentes¹⁶⁰. Ces trois arrêts n'ont pas été les « *arrêts fondateurs* » des contrats administratifs pour reprendre la formulation du professeur YOLKA. Aussi nous faut-il démentir cette historiographie qui fait du Conseil d'État l'initiateur d'un tel concept dont pourtant il n'eût aucune conscience à l'aube du XX^e siècle – pas moins que la doctrine d'ailleurs. Il fut moins question de caractériser un régime juridique propre à un certain mode de l'action administrative, que de distribuer les compétences entre deux ordres juridictionnels. L'énonciation d'une doctrine nous paraît toujours contingente. Elle s'articule avec des préoccupations contemporaines dont les termes évoluent avec le temps. Aussi est-il indispensable de s'interroger sans *a priori* sur les motivations des administrativistes de la Belle Époque, plutôt que de leur en deviner certaines en cherchant à le confirmer par le truchement des textes opportunément rapprochés.

336. L'arrêt *TERRIER* : augmenter le contentieux administratif sans le bouleverser.

– Nous avons précédemment rendu compte des nombreuses réformes projetées sur la juridiction administrative, ainsi que les critiques doctrinales que certaines reçurent. Les arrêts *TERRIER*, *THÉRON* – et dans une moindre mesure, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* – y participent en procédant à des ajustements dans la distribution des compétences administratives et judiciaires. Ils s'articulèrent de surcroît à la nécessité vivement ressentie de conférer à la juridiction administrative une assise qui suscitât moins de controverses. En ce sens nous nous associons

¹⁵⁹ D'après le professeur YOLKA qui est l'auteur d'un récent ouvrage sur les contrats administratifs, le premier temps de leur théorisation « *est, bien entendu, jurisprudentiel* ». – « *Les arrêts fondateurs sont pour l'essentiel rendus dans les premières années du XX^e siècle (les "Trente Glorieuses du droit des contrats administratifs", entre 1902 et 1932)* ». Selon lui « *cet effort de généralisation a surtout consisté à systématiser les principes applicables aux concessions de service public, qui ont servi de modèle en dépit de leur particularisme. On ne saurait le comprendre sans replacer cette évolution dans un contexte d'autonomisation du droit et du juge administratifs : la référence à une matrice originale, éloignée du contrat privé, a permis de justifier un effort de différenciation et devait légitimer l'absence d'application du droit civil des contrats* ». Ce ne fut que dans un second temps, dans les années 1930, que « *les tentatives de théorisation* » seraient intervenues. (*Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 2013, p. 19). Nous n'adhérons pas à cette idée qui prête au Conseil d'État une volonté qui se fût continuellement affirmée sur une trentaine d'années, en faveur d'une théorie dont le point d'horizon fût à l'avance fixé, avant qu'il ne s'en rapprochât patiemment par une jurisprudence constructive. Le droit administratif a été si bouleversé par la Grande Guerre qu'il nous paraît anachronique de présenter les choses sous l'aspect d'une évolution régulière. Que les administrativistes de l'Entre-deux-guerres aient mis à contribution la doctrine et la jurisprudence administratives d'avant-guerre, cela nous paraît probable. Cela ne veut pas dire que leurs prédécesseurs – quelquefois les mêmes – aient partagé dans les années 1900 les mêmes vues ou les mêmes ambitions.

¹⁶⁰ Cf. les chapitres 2 et 3, titre IV, seconde partie.

pleinement à l'analyse de Georges PÉQUIGNOT suivant qui « *l'abandon de l'antique théorie [des actes d'autorité et de gestion] et l'admission limitée et progressive du contrat dans le contentieux administratif devaient être favorisées par deux circonstances et marcher de pair avec elles* »¹⁶¹.

Ce fut, d'abord, la reconnaissance du Conseil d'État comme juridiction administrative de droit commun. Ce fut, ensuite, l'admission de principe, au sein du contentieux administratif, des litiges intéressant les collectivités décentralisées : départements, communes¹⁶².

Le commissaire du Gouvernement Jean ROMIEU ne s'en est pas caché dans l'affaire *TERRIER*. En proposant au Conseil d'État d'abandonner le principe d'après lequel les contrats des communes appartiennent à la compétence judiciaire, il amplifie une inclination jurisprudentielle tendant à conférer au contentieux administratif des contours qui ne rejettent plus le contentieux des administrations locales dans l'orbite du droit privé. Il s'en explique dès les premiers mots de ses conclusions.

La théorie du contentieux des services publics communaux est depuis une quinzaine d'années en pleine évolution, (...) la compétence administrative s'élargit de jour en jour, par l'action lente, mais incessante, de la jurisprudence, et (...) le Conseil d'État restera fidèle aux tendances manifestées dans un grand nombre de ses arrêts les plus récents, en accueillant aujourd'hui une solution qui aurait pu, il y a peu de temps encore, ne pas se présenter avec un degré suffisant de maturité¹⁶³.

S'il défend une acception du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire qui se revendique de la décision *BLANCO* (1873), c'est pour en développer les corollaires en adjoignant au contentieux administratif celui des départements et des communes. « *Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts (...) a (...) par elle-même un caractère public ; elle constitue une branche de l'administration publique en général, et, à ce titre, doit appartenir au contentieux administratif* »¹⁶⁴. L'idée de gestion publique lui permet de dépasser la distinction ontologique jusqu'alors admise entre l'État d'une part, les départements, communes et établissements publics d'autre part.

337. Jean ROMIEU est bien avisé de situer cet infléchissement sous le patronage de LAFERRIÈRE.

La doctrine nouvelle, qui donne pour juge ordinaire [aux] litiges [départementaux et communaux] le Conseil d'État, comble une lacune

¹⁶¹ PÉQUIGNOT Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, op. cit. (1945), p. 32-33.

¹⁶² *Id.*, p. 33.

¹⁶³ ROMIEU Jean, Conclusions prononcées sous l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux des décisions du Tribunal des conflits et de la Cour des comptes (collection MACAREL & LEBON)*, Paris, Larose (2^e série, t. 73 ; année 1903), p. 94.

¹⁶⁴ *Id.*, p. 95.

considérable de notre droit public. M. LAFERRIÈRE se félicitait infiniment de cette partie de son œuvre, destinée à prendre de jour en jour une portée plus grande encore, et, lorsqu'il disait, avec quelque orgueil, qu'il avait ainsi créé le contentieux administratif, communal et départemental, j'estime qu'il n'exagérait rien¹⁶⁵.

C'est en se revendiquant d'une politique jurisprudentielle initiée par ce dernier qu'il déploya un concept inédit par sa portée – celui de la gestion publique –, susceptible d'étendre la compétence administrative aux rapports contractuels des administrations locales. Ainsi déborde-t-il cette restriction d'après laquelle le contentieux contractuel était naturellement confié au juge judiciaire – sauf les exceptions textuelles. Car cette extension fut nécessaire pour achever l'intégration du contentieux des administrations locales au contentieux administratif. Depuis les années 1850, ceux des contrats de l'État attirés à la juridiction administrative l'étaient par des textes spéciaux ou par la théorie de l'État débiteur. Si bien qu'en développant à partir des années 1890 les termes d'une nouvelle partition pour la séparation des autorités administrative et judiciaire, ces contrats de l'État – exception faite des contrats visés par un texte spécial – ne disposaient plus d'aucune théorie qui vînt justifier la compétence administrative. Embrasser le contentieux contractuel des administrations locales dans une formule générale qui permît d'y comprendre incidemment celui de l'État, c'était ré-embrasser un contentieux dont les fondements théoriques étaient minés, sauf à en accepter l'abandon à la juridiction judiciaire. Mais promouvoir une nouvelle acception de la séparation des autorités administrative et judiciaire dont la portée ne fût étendue qu'au contentieux délictuel local, c'eût été procéder à l'élargissement du contentieux administratif par un côté, pour le restreindre ailleurs – dans une matière où pourtant la compétence administrative était traditionnellement admise, à savoir le contentieux contractuel de l'État. En assignant au contentieux administratif un nouveau fondement, susceptible d'y incorporer le contentieux local, il fallait donc à Jean ROMIEU prévenir les conséquences inhérentes à l'abandon de l'ancien fondement, et attirer le contentieux contractuel de l'État par d'autres justifications. C'est en cela que le contentieux contractuel de l'État plane comme une ombre sur l'arrêt *TERRIER*. Il n'est pas si anodin qu'il engage ses conclusions en traitant du contentieux administratif de l'État. Autrement dit, le déplacement des perspectives étayant le contentieux administratif l'a conduit à appréhender différemment – au point de vue du contentieux – les contrats de l'administration dans leur ensemble. Il s'est agi en quelque sorte d'augmenter en conservant. Jean ROMIEU dissimule à peine ces implications qu'il laisse affleurer dans sa démonstration.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 97. Rapportés par Jean ROMIEU, ces propos sont ceux du procureur général Manuel-Achille BAUDOUIN, qui prononça un discours en hommage à Édouard LAFERRIÈRE (décédé en 1901) à l'occasion de l'audience de rentrée de la Cour de cassation, le 16 octobre 1902 (*M. le procureur général LAFERRIÈRE*, Paris, Imprimerie nationale, 1902, p. 42-43).

- 338. L'abandon de la théorie de l'État débiteur et la nécessité d'attirer autrement le contentieux contractuel de l'État au contentieux administratif.** – Résumons le début de ses conclusions pour souligner le mouvement de son argumentation. Les actes de gestion de l'État ressortissaient autrefois à la juridiction administrative grâce à « *un texte de droit financier* », celui sur lequel reposait la théorie de l'État débiteur ; la décision *BLANCO* (1873) précédée de quelques autres arrêts, déplaça les principes de la compétence administrative en optant pour celui de la séparation des autorités administrative et judiciaire ; le fondement précédent – celui lié « *à la liquidation des dettes de l'État* » – devint inutile et tomba en désuétude ; quoiqu'initialement conçu pour le contentieux délictuel, le nouveau devait ainsi s'appliquer au contentieux contractuel, par souci d'harmonie.

Si l'on admet [le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire] comme base juridique unique de la compétence pour les rapports entre le service public et les tiers, dans l'ordre quasi-délictuel, on doit l'admettre également, *a fortiori*, pour les rapports contractuels qui naissent de l'organisation ou du fonctionnement du service public¹⁶⁶.

Cette interprétation est très avantageuse pour les conclusions du commissaire du gouvernement DAVID (sous la décision *BLANCO*), car elle lui suppose des intentions bien différentes de celles que nous pouvons raisonnablement lui imputer. Par ailleurs, Jean ROMIEU fait peu de cas de la jurisprudence, qui, relativement au contentieux contractuel de l'État, s'est perpétuée jusqu'en 1903 dans les mêmes conditions qu'avant la décision *BLANCO*. Bien après celle-ci, le président LAFERRIÈRE admettait encore l'actualité de la théorie de l'État débiteur¹⁶⁷. L'idée suivant laquelle l'on dût – *a fortiori* – étendre le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire au contentieux contractuel pouvait être opportune. Elle n'en procédait pas moins d'un travestissement doctrinal. La théorie de l'État débiteur n'a pas été infirmée avec la décision *BLANCO*¹⁶⁸. Seulement son abandon fut nécessaire – en 1903 – pour

¹⁶⁶ ROMIEU Jean, Conclusions prononcées sous l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 73 ; année 1903), p. 95.

¹⁶⁷ Édouard LAFERRIÈRE indique, que par souci de compromis, les membres du Conseil d'État siégeant au Tribunal des conflits acceptèrent pour fonder la compétence administrative de se référer préférentiellement au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, plutôt qu'à la théorie de l'État débiteur. Pour autant, le Conseil d'État persévéra après 1873 à invoquer cette théorie. « *Faut-il en conclure de là que la doctrine de l'État débiteur a perdu tout crédit auprès du Tribunal des conflits et du Conseil d'État, que ces juridictions se sont ralliées, dans leur for intérieur, à l'opinion de ceux qui considèrent le règlement des dettes de l'État par les ministres comme une simple opération préliminaire de comptabilité n'impliquant aucun droit d'appréciation sur le fond du droit ? Une telle innovation ne peut s'induire, ce nous semble, des modifications apportées à la forme d'arrêts dont le fond est resté le même. (...) Le Conseil d'État a pu [dans les matières en responsabilité délictuelle] adopter depuis 1873 les formules qui avaient la préférence du Tribunal des conflits, sans que cette marque de déférence ait altéré, au fond, sa doctrine presque séculaire sur la portée des lois de 1790 et de 1793, sur les pouvoirs du ministre liquidateur et sur la compétence qui en résulte en l'absence de règles contraires* » (*Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1887), p. 382-383).

¹⁶⁸ Henry BERTHÉLEMY en atteste dans son traité : « *On doit savoir (...) que des dispositions de l'époque révolutionnaire (décret du 17 juillet-8 août 1790 ; décret du 26 septembre 1793) relatives aux dettes de l'État, avaient*

attirer au contentieux administratif le contentieux contractuel local ressortissant jusqu'alors à la juridiction judiciaire. Car en reconnaissant à l'État le privilège d'une protection spéciale pour son contentieux pécuniaire, cette théorie marquait une différence foncière entre l'État et les administrations locales, toujours assimilées – en principe – à des personnes morales du droit privé¹⁶⁹. L'incorporation du contentieux contractuel local au contentieux administratif supposait de renoncer à une théorie qui en l'état eût rendu le contentieux administratif inintelligible, voire incohérent. Or y renoncer, c'était s'obliger – comme nous l'indiquions plus haut – à justifier le contentieux contractuel de l'État différemment¹⁷⁰. Cet exercice doctrinal était nécessaire pour conquérir le contentieux local sans exposer le contentieux administratif à un traumatisme. Jean ROMIEU s'y employa en recourant à la doctrine de la gestion publique.

- 339.** C'est à tout cela que souhaita parvenir Jean ROMIEU, qui fit montre d'une grande habileté pour expliciter les enjeux sous-jacents à la question posée par l'affaire *TERRIER*, tout en atténuant ce que sa thèse avait de subversif par les redéploiements qu'elle impliquait. Il parvient presque à donner au lecteur le sentiment d'une lapalissade lorsqu'il affirme ceci :

L'on arriverait ainsi à assimiler le contentieux départemental et communal au contentieux d'État, et à unifier, par une interprétation plus large du principe de la séparation des pouvoirs, les règles de compétence pour la gestion des intérêts collectifs par les personnes publiques de toute nature¹⁷¹.

Il ne s'agit pas de nier le fait qu'à l'instar de la responsabilité délictuelle, Jean ROMIEU associe au contentieux contractuel administratif la mobilisation d'un régime juridique

prescrit que toute créance contre l'État sera réglée administrativement. Pendant tout le cours du XIX^e siècle, on déduisit de ces textes (à tort, selon nous) que les tribunaux administratifs étaient seuls compétents pour déclarer l'État débiteur. On en concluait que les actions mettant en jeu la responsabilité du Trésor public devaient être portées devant le Conseil d'État. Le tribunal des conflits, reconstitué en 1872, conçut à juste titre des doutes sur la valeur de cette interprétation donnée aux lois précitées. Vraisemblablement, leurs auteurs ne leur avaient attribué qu'une portée relative, peut-être temporaire. Sans répudier ouvertement la règle, le tribunal des conflits cessa de la viser dans ses décisions sur la compétence en matière de responsabilité. Il s'en tint malheureusement à cet effort ; il n'osa pas prendre le parti radical d'amputer le Conseil d'État d'une compétence, qui, en définitive, ne s'expliquait que par des motifs reconnus insuffisants. La compétence traditionnelle fut maintenue ; on dut la justifier autrement. On se contenta de la rattacher au principe de la séparation des pouvoirs. Or, ce principe ne peut être invoqué ici que si l'on en fausse le sens en attribuant à la juridiction administrative la connaissance de toutes les conséquences d'actes des administrateurs, quels que soient la nature et le but de ces actes » (Traité élémentaire de droit administratif, Paris, Rousseau, 1910 (6^e éd.), p. 75-76).

¹⁶⁹ Cf. à cet égard : HAURIU Maurice, Note sur la décision *CASADAVANT c. Commune de Lisle* (T.C., 11 mai 1901) [1901], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, Sirey, 1929, (3 vol.), t. 2, p. 463.

¹⁷⁰ C'est l'opinion de certains comme Henry BERTHÉLEMY. Du point de vue où il se représente l'État, c'est la théorie de l'État débiteur qui explique la compétence administrative pour les marchés de l'État (*Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.* (1^{re} éd., 1900-1901) p. 37)

¹⁷¹ ROMIEU Jean, Conclusions prononcées sous l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 73 ; année 1903), p. 96.

distinct du droit commun. Cela n'indique pas une conception mûrie de ce en quoi consistait ce régime, mais le souci de justifier l'unification du contentieux administratif par l'argument tiré de la spécialisation des connaissances nécessaires aux juges administratifs. Nous ne nions pas non plus qu'il parle à cet effet de « contrat administratif », mais suivant une acception bien différente de la nôtre – comme un contrat ressortissant à la juridiction administrative. Malgré cela, nous persistons à penser qu'il n'entrevoit aucune théorie des contrats administratifs analogue à celle que nous admettons. D'ailleurs, en employant cette locution pour désigner les contrats communaux passés pour les services publics, son intention est celle de chasser une ambiguïté.

Vous avez l'habitude, depuis un certain temps déjà, de réserver les mots de « puissance publique » pour les actes d'autorité et de commandement ; il nous paraît, avec cette acception, bien difficile de faire intervenir l'idée de puissance publique dans les rapports contractuels qui peuvent exister entre une commune et un employé de bureau de la mairie. Ainsi, pour éviter toute confusion reposant sur une question de terminologie, paraît-il préférable de considérer simplement que les contrats des communes avec leurs agents sont des *contrats administratifs par leur nature*, parce qu'ils sont la condition essentielle de la marche des services publics communaux¹⁷².

Ces efforts sémantiques dénotent moins une entreprise doctrinale¹⁷³, qu'ils ne révèlent son souci d'échapper à une terminologie qui participe d'une théorie contentieuse à laquelle il souhaite renoncer. Quoiqu'en 1940 Achille MESTRE inclinait à minorer la portée de la théorie des contrats administratifs, il discerna assez justement – pensons-nous – que : « *La catégorie des contrats administratifs par nature répondait à la préoccupation de fonder sur une raison de principe la compétence administrative encore vivement contestée et de soumettre ainsi à la juridiction du Conseil d'État une série d'opérations qui présentaient un caractère administratif indéniable* »¹⁷⁴.

- 340.** L'ambition de Jean ROMIEU est – en un sens – éminemment doctrinale. En justifiant la compétence administrative pour certains actes de gestion des départements, il légitime avant toute chose des fondements élargis pour la juridiction administrative.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ La locution « contrat administratif » fut parfois employée pour attirer à la juridiction administrative des contrats de l'administration pour lesquels la compétence était disputée entre les deux ordres juridictionnels. En ce sens, elle a une dimension performative. Telle fut à notre sens la démarche du commissaire du gouvernement Pierre CAZALENS, relativement à un contrat liant le maire à un employé municipal. Il est d'ailleurs fort probable que Jean ROMIEU visait à ce propos les conclusions de celui-ci. Elles ont souvent été citées et sont à l'esprit de tous les administrativistes suffisamment avertis sur la question des contrats (*cf.* les conclusions prononcées sous la décision *GUIDET c. Ville d'Autun* (T.C., 27 décembre 1879), *in Sirey* 1881. 3. 37).

¹⁷⁴ MESTRE Achille, Note sur l'arrêt *Bureau international de l'édition musico-mécanique* (C.E., 21 janvier 1938), *in Sirey* 1940. 3. 12.

Il appartient à la jurisprudence de déterminer, pour les personnes publiques locales, comme elle le fait pour l'État, dans quels cas on se trouve en présence d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif, ou au contraire en face d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier, dans les conditions du droit privé¹⁷⁵.

Il ne désigne aucun régime juridique clairement défini qui pût conférer une substance quelconque à une prétendue théorie des contrats administratifs. Que l'arrêt *TERRIER* emporte l'autonomie des contrats des administrations passés pour les services publics en les plaçant sous l'égide du droit administratif, nous voulons bien le reconnaître¹⁷⁶. Du reste, il ne faut pas mésinterpréter ses intentions en les appréciant rétrospectivement comme la préfiguration d'une théorie qui ne se fit voir que plus tard. Elles nous semblent essentiellement participer d'une reconfiguration du contentieux administratif et d'une légitimation de la juridiction administrative – ces deux aspects étant rigoureusement solidaires. Cette interprétation est d'autant plus probable qu'elle rapproche la doctrine de Jean ROMIEU de celle de Maurice HAURIOU, tout juste développée dans son essai sur *La gestion administrative* (1899). Ces auteurs ont tous deux souhaité appréhender les contrats de l'administration dans une perspective destinée à réévaluer le plein contentieux ; c'est-à-dire à apprécier différemment l'emprise de la juridiction administrative sur l'administration. C'est d'ailleurs ce que souligna Gaston JÈZE à propos de l'arrêt *TERRIER* : « *Manifestement, le commissaire du Gouvernement ROMIEU s'est inspiré [des] formules [de Maurice HAURIOU]* »¹⁷⁷. Leur démarche ne fut pas celle de poser intentionnellement les jalons d'une théorie des contrats administratifs.

341. La réception de l'arrêt *TERRIER* par la doctrine administrative contemporaine : confrontation de notre hypothèse. – Lorsque Maurice HAURIOU conçut de réunir ses notes d'arrêts publiées au *Recueil Sirey*, il ne plaça pas sa note de

¹⁷⁵ ROMIEU Jean, Conclusions prononcées sous l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 73 ; année 1903), p. 97.

¹⁷⁶ C'est en ce sens que Léon DUGUIT continue à comprendre cet arrêt, tandis que certains administrativistes s'engageaient à conceptualiser le contrat administratif en lui dégageant une théorie propre. Ainsi écrivait-il en 1923 que : « *Le contrat a toujours les mêmes caractères. Le contrat est une certaine catégorie juridique et quand les éléments qui le constituent sont réunis, il y a un contrat ayant toujours les mêmes caractères et les mêmes effets. Par conséquent, s'il y a des contrats qui donnent lieu à la compétence des tribunaux administratifs, ce ne peut être qu'à raison du but en vue duquel ils sont faits. Il y a quelque chose d'analogue à ce qui se passe pour les contrats commerciaux. Quand au fond, il n'y a pas de différence entre un contrat civil et un contrat commercial. Ce qui fait le contrat commercial et fonde la compétence des tribunaux de commerce, c'est le but commercial en vue duquel il est fait. Il n'y a pas de différence, quand au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif. Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait* » (*Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 1921-1925 (2^e éd., 5 vol.), t. 3 (1923), p. 41).

¹⁷⁷ [JÈZE Gaston], Note sur l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in *L'année administrative* 1904, p. 209.

l'arrêt *TERRIER* auprès de celles qui eurent trait aux contrats de l'administration, mais à la suite de l'arrêt *CADOT* (1889), au sein d'une division consacrée à l'épanouissement du contentieux de pleine juridiction¹⁷⁸. La lecture de cette note corrobore cette interprétation. Il rapporte en effet l'arrêt *TERRIER* à une évolution du contentieux administratif qui véhicule trois impératifs, dont deux nous importent en particulier. Cet arrêt, d'une part, participe à l'unification d'un contentieux administratif devenu incohérent par les modifications qui lui furent successivement apportées. Aussi le contentieux local fut-il incorporé au contentieux administratif pour ne plus distinguer entre l'État et les administrations locales. D'autre part, la situation hégémonique du Conseil d'État au sein de la juridiction administrative – en qualité de juge administratif de droit commun – s'y exacerbe, permettant par cela même l'accélération de ces transformations. Les critiques visant notamment les conseils de préfecture permettaient malaisément d'étendre le contentieux administratif à leur profit, sauf à prendre le risque de précipiter un peu plus leur discrédit. C'est dans un sens analogue que cet arrêt est analysé dans d'autres revues juridiques¹⁷⁹. Gaston JÈZE publie à son propos une note critique qui servit peu après à composer son chapitre sur la séparation des autorités administrative et judiciaire pour la première édition de ses *Principes généraux du droit administratif*¹⁸⁰. En y dégagant les critères applicables au contentieux administratif, il y exclut tout à fait les contrats de l'administration. Pour cause, il analyse l'acte en question dans l'affaire *TERRIER* comme un acte administratif unilatéral.

Si (...) on analyse avec soin – et sans idée préconçue – les arrêts les plus récents du Conseil d'État et les dernières décisions du Tribunal des conflits, on est amené à constater la consécration de la compétence administrative par nature, *toutes les fois que l'action naît à l'occasion d'un service public et ne repose pas sur un acte contractuel*¹⁸¹.

Du reste, il se démarque de « *la plupart des annotateurs* » en estimant que :

La portée de l'arrêt de 1903 est plus modeste : le Conseil d'État s'est borné à appliquer à l'espèce qui lui était soumise l'une des règles déjà admises : celle d'après laquelle les recours contentieux au fond qui reposent sur une *manifestation unilatérale* de volonté d'un agent administratif ressortissent, *par leur nature*, à la juridiction administrative¹⁸².

Les contrats ressortissent à la juridiction judiciaire, y compris lorsqu'ils se rapportent à la gestion d'un service public. Cette appréciation atteste de la parenté doctrinale

¹⁷⁸ Ladite section s'intitule : « *Fondement de ce contentieux dans la gestion publique, c'est-à-dire dans l'exécution des opérations administratives et des services publics par la Puissance publique ; le Conseil d'État, juge de droit commun du contentieux de la pleine juridiction* ».

¹⁷⁹ Cf. à cet égard les notes de Marcel MOYE, professeur à la faculté de Montpellier (*in R.C.L.J.* 1903, LXIX, p. 401) et de Maurice LE GOUIX, auditeur au Conseil d'État (*in R.G.A.* 1903, II, p. 39).

¹⁸⁰ [JÈZE Gaston], Note sur l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), *in L'année administrative* 1904, p. 202.

¹⁸¹ *Id.*, p. 211.

¹⁸² *Id.*, p. 215-216.

entre Gaston JÈZE et Léon DUGUIT qui estiment tous deux que les contrats impliquent nécessairement la compétence judiciaire, sauf dérogations textuelles¹⁸³.

En fait, pour la plupart des actes contractuels accomplis pour le compte de l'État, un texte consacre la compétence administrative. (...) Dès lors, *en fait*, la règle s'applique surtout aux actes contractuels accomplis pour le compte des administrations locales¹⁸⁴.

Les contrats de l'administration sont assimilés à des contrats du droit privé, c'est-à-dire à des hypothèses caractéristiques de la gestion privée.

Il peut se faire que l'administration, tout en agissant, non comme personne privée, mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique, et se place volontairement dans les conditions d'un particulier, – soit en passant un de ces contrats de droit commun, d'un type nettement déterminé par le code civil, (...) – soit en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun, et pour lesquelles l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier¹⁸⁵.

La gestion publique désigne essentiellement (mais non exclusivement) un mode d'action unilatéral de l'administration, sinon un mode d'action inusuel au droit privé. En cela, des auteurs comme Léon DUGUIT et Gaston JÈZE qui développent une thèse peu originale au regard de leurs contemporains, se distinguent de Maurice HAURIOU – ainsi d'ailleurs que le signale Gaston JÈZE¹⁸⁶.

342. Il s'agit pas tant d'une qualification malheureuse que d'une conception tout à fait assumée si Gaston JÈZE classe l'arrêt *TERRIER* parmi les situations mettant en cause un acte administratif unilatéral. Léon DUGUIT rapporte aussi cet arrêt sous ce biais¹⁸⁷. Ainsi, le premier estime – sans se contredire – que pour « *une manifestation contractuelle de volonté, la compétence est, par sa nature, judiciaire*, même s'il s'agit de la gestion d'un service public *et sans qu'il y ait à distinguer entre les services de l'État et les services locaux* »¹⁸⁸. Dans les années 1900, il n'est pas rare de présenter cet arrêt sous

¹⁸³ À cet égard, il faut rapprocher les propos de Gaston JÈZE de cet ouvrage de Léon DUGUIT : *Traité de droit constitutionnel* (Paris, Fontemoing, 1911 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. 441).

¹⁸⁴ [JÈZE Gaston], Note sur l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in *L'année administrative* 1904, p. 212 (note de bas de page n° 6).

¹⁸⁵ *Id.*, p. 209-210.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 208. « *En doctrine, à côté de la théorie faisant la répartition des compétences d'après la classification en actes de puissance publique et actes de gestion, – théorie qui conserve des partisans nombreux et convaincus, – un système nouveau a été proposé : les tribunaux administratifs, quant au contentieux de pleine juridiction, connaîtraient de tous les litiges nés à l'occasion "des actes et des opérations qui constituent l'exécution des services publics", de toutes les actions en indemnité formées par les administrés contre les patrimoines administratifs à l'occasion de "l'exécution des services publics". C'est à l'occasion de l'arrêt TERRIER, du 6 février 1903, que, pour la première fois, la nouvelle interprétation de la règle de la séparation des autorités a été proposée formellement au Conseil d'État par le commissaire du Gouvernement ROMIEU. Mais c'est le professeur HAURIOU qui, l'un des premiers, s'est séparé de la théorie classique et a proposé la délimitation nouvelle.* »

¹⁸⁷ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1911), p. 441.

¹⁸⁸ [JÈZE Gaston], Note sur l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in *L'année administrative* 1904, p. 212-213.

un aspect analogue, comme ce docteur qui en rend compte comme mettant en cause un « *contrat d'adhésion d'ordre administratif* »¹⁸⁹. L'analyse que déploie Gaston JÈZE à propos de l'arrêt *TERRIER* démontre indubitablement qu'il ne conçoit pas l'existence de contrat administratif au sens où il le définira dans les années 1920 – c'est-à-dire un contrat d'une nature différente du contrat de droit commun, auquel s'applique un régime juridique spécifique. Présenté comme une manifestation bilatérale de volontés, le contrat renvoie à la gestion privée. Du reste, la locution « contrat administratif » recouvre des acceptions équivoques. Les administrativistes lui impriment parfois une signification sensiblement différente selon la problématique à laquelle ils l'attachaient. Rappelons que Jean ROMIEU s'efforce d'échapper à une terminologie usuelle trop controversée pour pouvoir se prêter à l'énonciation d'une doctrine nouvelle. Aussi pensons-nous qu'il n'a pas tant formalisé un concept déterminé, qu'il s'est attaché à contourner une impasse linguistique¹⁹⁰. Il est improbable que cette locution incarne un concept, tant elle s'insère parmi des préoccupations qui lui assignent une place secondaire, sinon marginale. Gaston JÈZE signale, plus que tout autre, sa contingence. Alors qu'en 1904 il évoque l'affaire *TERRIER* comme une « *action en paiement de primes promises par une décision unilatérale* »¹⁹¹, il en parle – en 1910 – comme d'un « *contrat relatif au fonctionnement des services publics* »¹⁹². L'arrêt *THÉRON*, rendu entre temps, lui fit présenter les choses différemment. Il ne fut pas moins désabusé par la polysémie de cette locution lorsqu'en 1914, il préconisa d'en faire l'économie pour cesser de subir l'influence délétère du droit civil¹⁹³. Ce n'est pas sans incrédulité qu'il l'emploie, comme à propos de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* dont il rapporte qu'il érige une « *distinction subtile entre les contrats administratifs (??) et les contrats ordinaires* »¹⁹⁴. L'essentiel

¹⁸⁹ DELAMAIN Maurice, *Les stipulations dans l'intérêt des tiers dans les contrats administratifs*, Paris, Rousseau, 1910 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par SAUZET, professeur de droit administratif), p. 114.

¹⁹⁰ Cette ambiguïté terminologique, caractéristique du glissement d'une théorie vers une autre, est éloquent dans la thèse de doctorat soutenue par Charles MONESTIER (1898). Celui-ci essaye de concilier les doctrines de LAFERRIÈRE et de HAURIOU, en les rapprochant l'une de l'autre ; en dépassant l'étroitesse de la première, tout en tempérant les rigueurs de la seconde (*Règles de compétence en matière de contrats passés par l'administration*, Montpellier, Imprimerie Firmin & Montane, 1898 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier ; présidée par BRÉMOND, professeur de droit administratif), p. 48 sq.).

¹⁹¹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit. (1^{re} éd., 1904), p. 160. À cet égard, Gaston JÈZE est sceptique sur l'inclination de Jean ROMIEU à qualifier ce rapport juridique comme un rapport accompli hors du cadre du droit commun. Il note, dubitatif, en bas de page : « *Le commissaire du Gouvernement ROMIEU déclare que la compétence administrative suppose la réunion de deux conditions : le service public, un acte accompli en dehors des conditions d'un particulier. La première est bien remplie ; la seconde l'est-elle ?* » (*ibid.*).

¹⁹² JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *THÉRON c. Ville de Montpellier* (C.E., 4 mars 1910), in *R.D.P.* 1910, p. 250.

¹⁹³ JÈZE Gaston, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », in *R.D.P.* 1914, p. 319 (cet article est extrait de la préface de la deuxième édition de son traité).

¹⁹⁴ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in *R.D.P.* 1914, p. 153.

de l'arrêt *TERRIER* ne réside donc pas dans une terminologie trop mal assise pour incarner un concept défini, mais dans l'extension du contentieux administratif qui n'est que le corollaire d'une certaine conception de la juridiction administrative. C'est par ce biais que fut promue la doctrine de la gestion publique, dont il faut dire qu'elle n'impliquait pas nécessairement la reconnaissance du concept de contrat administratif. L'exégèse immédiate de cet arrêt s'est plutôt placée au point de vue de la définition à donner du contentieux administratif et sur les justifications qui pussent légitimer la juridiction administrative.

Section 2. – Des arrêts prétendument fondateurs du concept du contrat administratif

343. L'arrêt THÉROND : une conceptualisation du contrat administratif introuvable. – Notre interprétation de l'arrêt *TERRIER* est corroborée par l'analyse de l'arrêt *THÉROND* qui participe des mêmes enjeux. Le commissaire au gouvernement PICHAT situe la problématique de cette affaire dans une perspective similaire à celle de l'arrêt *TERRIER* : la reconnaissance de contrats ressortissant à la juridiction administrative en dehors de tout texte s'impose, selon lui, comme une terminaison nécessaire à la constitution d'un contentieux administratif local.

Puisque la jurisprudence admettait (...) en se fondant sur le principe de la séparation des pouvoirs, la compétence administrative pour les rapports entre les personnes morales de droit public et les tiers, dans l'ordre quasi-délictuel, elle devait nécessairement être amenée à l'admettre aussi pour les litiges relatifs à des contrats passés en vue de l'exécution de services publics¹⁹⁵.

Pas plus que Jean ROMIEU, Georges PICHAT n'aborde ce que sa conception du contentieux administratif pût éventuellement impliquer dans la définition d'un contrat spécifique par son genre. Seule lui importe la qualification du contrat litigieux, qu'il présente en l'occurrence suivant une formulation qui dissipe toutes les intentions qu'on peut lui imputer :

Le contrat intervenu entre la Ville de Montpellier et le sieur THÉROND est le louage de service des art. 1710, 1779 et 1780 du Code civil, ayant pour objet l'exécution d'un service public et présentant le caractère d'une concession¹⁹⁶.

Plus encore que pour l'arrêt *TERRIER*, l'on constate que les formules développées par le commissaire du gouvernement sont entièrement déterminées par la question de compétence à trancher. En l'espèce, il ne fut pas seulement question de choisir entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. Dans un premier temps, Georges PICHAT s'attache à écarter la qualification de marché de travaux publics, laquelle eût impliqué la compétence du conseil de préfecture. Ce n'est que dans un second temps qu'il pose l'alternative entre le Conseil d'État – juge administratif de droit commun – et le juge judiciaire. À cet égard seulement il convoque l'arrêt *TERRIER*.

L'affaire actuelle se présente dans les mêmes conditions juridiques [que l'affaire *TERRIER*]. Il s'agit (...) d'un contrat communal de louage de service, sous forme de concession, ayant pour objet l'exécution d'un service public. – Le litige entre la commune concédante et le concessionnaire sur l'interprétation et l'exécution de ce contrat est donc de la compétence du

¹⁹⁵ PICHAT Georges, Conclusions prononcées sous l'arrêt *THÉROND c. Ville de Montpellier* (C.E., 4 mars 1910), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 80 ; année 1910), p. 195.

¹⁹⁶ *Id.*, p. 194.

Conseil d'État comme juge ordinaire du contentieux administratif en vertu de l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872¹⁹⁷.

Une fois cette question de compétence résolue, son attention va au cahier des charges. Ses efforts pour qualifier le contrat litigieux visent seulement à déterminer un juge compétent. Cela étant fait, il porte son attention aux singularités de la convention, sans jamais suggérer qu'elle appartînt à un genre particulier. À aucun moment il ne laisse supposer l'application d'un régime juridique dont le sens fût en corrélation avec la compétence administrative. D'ailleurs – répétons-le – cette espèce ne présentait pas une alternative entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire, mais une alternative entre trois juges : la juridiction judiciaire, le conseil de préfecture et le Conseil d'État¹⁹⁸.

344. Il est d'autant moins question d'esquisser une théorie quelconque des contrats administratifs que Georges PICHAT envisage les difficultés de l'espèce à l'aune d'une conception usuelle, qui distingue les contrats du droit privé d'une part, et une somme de contrats spécifiques soumis à la juridiction administrative d'autre part. Ces derniers n'étaient pas vus comme appartenant à un genre commun, mais plutôt comme constituant autant de catégories particulières : essentiellement les marchés de fournitures, les marchés de travaux publics et les concessions de services publics. Cela nous convainc de rejeter l'idée suivant laquelle Georges PICHAT aurait souhaité poser les fondations d'une théorie inédite. Gaston JÈZE ne laisse pas de développer une analyse où seul lui importe la définition du contentieux administratif. Il n'y est nullement question d'une théorie propre aux contrats administratifs.

Avec ce nouveau point de départ [pris par l'arrêt *TERRIER*], logiquement les contrats relatifs au fonctionnement des services publics doivent soulever un contentieux de la compétence des tribunaux administratifs. On ne l'a pas admis tout de suite. Pendant quelques années, on a combiné la jurisprudence fondée sur [les actes d'autorité et de gestion] avec la nouvelle base de compétence. Il y avait là manifestement une inélégance, un défaut d'harmonie, de logique. Tôt ou tard, le nouveau critérium, tiré de la notion de service public, devait produire sa conséquence logique : tous les actes se rattachant au fonctionnement des services publics, quels que soient ces actes (unilatéraux, contractuels, délits ou quasi-délits), soulèvent un contentieux de la compétence des tribunaux administratifs¹⁹⁹.

¹⁹⁷ *Id.*, p. 195.

¹⁹⁸ Maurice HAURIOU a bien aperçu cet aspect puisqu'il y attache l'essentiel de son attention dans la note qu'il consacre à cet arrêt. Quoiqu'il le mette en perspective avec l'arrêt *TERRIER*, sa singularité réside dans le fait qu'en unifiant les contentieux contractuels départementaux et communaux autour du contentieux administratif, le Conseil d'État développe une acception de la séparation des autorités administrative et judiciaire qui le libère de la nécessité où il était jusqu'alors placé de prêter au concept de travail public une interprétation extensive (Note sur l'arrêt *THÉRON* c. *Ville de Montpellier* (C.E., 4 mars 1910) [1911], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 685).

¹⁹⁹ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *THÉRON* c. *Ville de Montpellier* (C.E., 4 mars 1910), in *R.D.P.* 1910, p. 250.

Dans un ouvrage paru la même année, il écrit dans le même sens :

Il faut aller devant les tribunaux *administratifs*, toutes les fois que l'action dirigée *contre l'administration* se rattache à un *service public* : peu importe qu'il s'agisse de l'*État*, du *département*, de la *commune*. Et le juge administratif de droit commun, c'est le Conseil d'État. – Jusqu'en 1910, les tribunaux *judiciaires* étaient déclarés compétents lorsque l'action *dirigée contre l'administration* reposait sur un *contrat*, même si ce contrat intéressait le fonctionnement d'un *service public*. C'était un vestige de la [distinction entre les actes d'autorité et de gestion]. Un arrêt du Conseil d'État de 1910 a décidé que le contentieux *pécuniaire* des services publics était toujours de la compétence du Conseil d'État, même si les *difficultés naissaient à l'occasion d'un contrat*. Cette solution cadre mieux avec l'idée générale qui domine l'interprétation actuelle de la règle de la séparation²⁰⁰.

345. L'arrêt *Société des granits* : une affaire spécifique aux marchés de fournitures communales²⁰¹.

– Léon BLUM, en sa qualité de commissaire du gouvernement sous l'affaire *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, envisage en 1912 les choses sous un aspect analogue. Il ne s'essaye pas à la promotion d'un *critérium* qui pût être une alternative à celui posé dans les affaires *TERRIER* et *THÉRON* ; c'est-à-dire le critère des clauses exorbitantes du droit commun, vis-à-vis du critère du service public. Il s'approprie la doctrine de Jean ROMIEU et Georges PICHAT en l'adaptant aux particularités d'une convention pour laquelle la compétence judiciaire est admise depuis le début du XIX^e siècle : à savoir les marchés de fournitures des communes. En mobilisant l'autorité doctrinale de ses collègues, il admet que « *lorsqu'il s'agit du contrat et non du quasi-délit, la jurisprudence est beaucoup moins extensive. (...) Elle maintient, en matière contractuelle, la distinction entre ce que l'on a appelé la gestion privée et la gestion publique* »²⁰². Autrement dit, les règles de compétence en matière de contrats participent d'une cohérence qui leur est propre. Sa préoccupation fut – pensons-nous – celle d'envisager une solution qui ne rapprochât pas abusivement les marchés communaux des marchés de l'État. Il s'est agi de projeter sur les premiers des règles de compétence qui ne subvertissent pas la qualité attribuée aux seconds. Il s'en est inspiré tout en ménageant ce que les marchés de l'État avaient d'irréductibles à ceux des communes. La littérature administrative – notamment doctorale – imputait la singularité des marchés de l'État aux clauses exorbitantes du droit commun qui

²⁰⁰ JÈZE Gaston, *Éléments du droit public et administratif à l'usage des étudiants en droit (capacité)*, Paris, Giard & Brière, 1910, p. 110-111.

²⁰¹ L'anniversaire de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* a suscité l'organisation d'un colloque à l'université de Lille 2 (le 4 octobre 2012) (cf. la publication des actes : *Centenaire de l'arrêt Société des granits porphyroïdes des Vosges (1912-2012)*, Lille, Héline éditions, 2015). Le professeur GROS – qui en est l'organisateur – a publié cet article : « L'erreur de Léon BLUM ? À propos du centenaire de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* » (in *A.J.D.A.* 2013, p. 1489). Comp. PONTIER Jean-Marie, « Les granits ont cent ans », in *A.J.D.A.* 2012, p. 1473 & GIACUZZO Jean-François, « L'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* : légende, réalité... et grandeur », in *A.J.D.A.* 2013, p. 2474.

²⁰² BLUM Léon, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 82 ; année 1912), p. 912.

figuraient dans les cahiers des charges. Celles-ci caractérisaient un mode d'administration atypique, modélisé par une autorité ministérielle exercée à l'attention de ses agents, tout à la fois suspectés de ne pas veiller suffisamment à l'intérêt général, et chargés de s'assurer de la loyauté des fournisseurs. Ce dispositif déployait une somme de précautions destinées à conférer aux agents de l'administration des commodités pour leur exécution, et strictement réservées aux services de l'État – encore considérés comme l'incarnation d'une puissance publique à laquelle ne pouvait prétendre ni les départements, ni les communes. Aussi le propre de ces marchés tenait-il à des privilèges quant à leur exécution, par le biais desquels l'autorité gouvernementale continuait à se diffuser jusques et y compris dans ses rapports contractuels²⁰³. À l'inverse, les cahiers des charges des marchés de fournitures des départements et des communes ne comprenaient aucune de ces clauses exorbitantes : la conception faite de ces administrations ne permettait pas de l'envisager à cette époque. En outre, toutes les fournitures souscrites par l'État n'étaient pas assimilées aux marchés de fournitures, lesquels renvoyaient à une catégorie juridique toute spéciale, étroitement liée au cahier des charges. C'est une thèse unanimement partagée que rapporte Maurice HAURIOU dans son précis :

Les marchés de fournitures de l'État et des colonies sont seuls des opérations de gestion publique et par conséquent des contrats administratifs (D. 11 juin 1806, art. 13 (*sic*)) ; ceux des départements, des communes, des établissements publics sont des opérations de gestion privée. Ils se passent, il est vrai, avec adjudication et cahier des charges, mais dans ces cahiers aucun droit exorbitant n'est stipulé et la compétence est judiciaire. (...)

Il faut qu'il y ait contrat spécial avec cahier des charges. Un achat au comptant n'est pas un marché de fournitures. Un transport exécuté par une compagnie de chemin de fer ou de paquebot, lorsque l'administration a usé du moyen de transport dans les mêmes conditions que le public, n'est pas un marché de fournitures²⁰⁴.

Léon BLUM le rappelle sans équivoque dans ses conclusions :

Il ne faudrait pas oublier que, même en ce qui concerne l'État, lorsqu'il s'agit d'un contrat passé en dehors de la sphère d'application du décret de

²⁰³ Jean-Baptiste SIMONET dont l'œuvre n'est peut-être pas originale, l'indique assez bien. S'il estime que « *les marchés de fournitures [de l'État] ont un caractère spécial résultant surtout des sanctions sévères qui en garantissent l'exécution* », le gouvernement n'est pas en mesure de soumettre les marchés de fournitures des départements à une réglementation analogue : « *C'est qu'il n'existe pas, pour les départements, de texte de la loi déléguant au gouvernement le soin de "régler" les conditions des marchés* » ; tout au plus peut-il « *en vertu de son droit de tutelle, imposer des conditions dans l'intérêt des départements ; (...) il appartiendrait au législateur seul d'imposer des conditions [prises dans un autre ordre de considération], par dérogation au principe de la liberté des conventions* » (*Traité élémentaire de droit public et administratif, contenant : les matières exigées par les programmes des Facultés de droit, du Conseil d'État, de la Cour des Comptes, de l'Inspection générale des Finances, des Ministères de l'Intérieur, des Finances, des Travaux publics, de l'Instruction publique, et par ceux de la Préfecture de la Seine, de l'Administration de l'Enregistrement, du Commissariat de la Marine, etc.*, Paris, Pichon 1902 (4^e et dernière éd.), p. 551-553).

²⁰⁴ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose & Tenin, 1911 (7^e éd.), p. 848-849. Nous nous sommes référés à une édition contemporaine de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. Cela dit cette formulation n'a pas varié depuis la première édition (1892) et demeura telle quelle dans les éditions ultérieures.

1806, par exemple quand il s'agit de commandes *verbales* chez un fournisseur, de salaires à des journaliers, d'expéditions par chemins de fer au tarif du public, l'État lui-même est censé agir, non comme une personne publique, mais dans les mêmes conditions qu'un simple particulier, et c'est la juridiction civile qui reste alors compétente²⁰⁵.

Ainsi l'enjeu de cet arrêt consista-t-il à envisager une extension de la compétence administrative à des marchés dont la nature les distinguait des marchés de l'État, lesquels – par ailleurs – ressortissaient à la juridiction administrative par l'effet d'une norme législative. C'est tout le sens de la doctrine de la gestion publique que Léon BLUM emprunte à Jean ROMIEU. Telle que présentée par celui-ci, cette doctrine explicite la distribution des compétences pour les contrats de l'administration²⁰⁶. Cela étant, l'exclusion pure et simple des marchés de fournitures locaux suscitait des critiques depuis les années 1880, avec la décentralisation administrative. C'est pourquoi Léon BLUM envisagea la doctrine de la gestion publique en un sens qui vint atténuer l'acuité de ces dissonances.

346. Soucieux d'estomper ces disparités, il emploie des formules générales où il est seulement question de « *contrats* » – des formules telles que : « *quand il s'agit de contrat...* » –, en alternance avec d'autres où il rappelle ce qui distingue les marchés locaux des marchés de l'État. La conception faite de ces derniers était trop bien établie pour être subvertie sans façon. Nous ne pouvons estimer qu'il ait proposé ou entériné une définition générique des contrats administratifs – entreprise tout à fait étrangère aux administrativistes de cette époque. Ses intentions n'ont pas tendu à ébaucher les contours d'un régime juridique spécial aux contrats administratifs, mais plutôt à corréliser les évolutions relatives au contentieux administratif local avec les règles applicables en matière de fournitures.

Quand il s'agit de *marché de fournitures* communal, étant donné qu'il n'existe en cette matière aucun texte général analogue au décret du 11 juin 1806 pour les marchés de fournitures de l'État qui impose, sans aucune espèce de distinction, la compétence administrative, il s'agit de rechercher, non pas si la fourniture sera ensuite destinée ou affectée à un service public, mais si le marché, considéré en lui-même, présente ou non, les caractères du contrat administratif²⁰⁷.

Selon Maurice HAURIOU, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* aurait même tempéré une tendance de la jurisprudence à « *administrativer* » les conventions passées

²⁰⁵ BLUM Léon, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 82 ; année 1912), p. 912.

²⁰⁶ Cf. ROMIEU Jean, Conclusions prononcées sous l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 73 ; année 1903), p. 96-97.

²⁰⁷ BLUM Léon, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 82 ; année 1912), p. 911.

par les administrations locales pour les services publics²⁰⁸. Il analysait – en 1901 – les solutions dégagées par le Tribunal des conflits et le Conseil d'État comme des « *expédient[s] de transition jusqu'au jour où tous les engagements contractés par les administrations locales pour l'exécution de tous les services [publics] seront considérés comme administratifs* »²⁰⁹.

La décentralisation politique a fait descendre de la Puissance publique dans les conseils généraux et dans les conseils municipaux. Cela s'est fait sentir très vite dans les rapports des départements et des communes avec leurs employés, rapports qui ont été déclarés *administratifs* tout comme dans l'administration de l'État [il cite à ce propos un arrêt dont nous avons précédemment rapporté un extrait des conclusions du commissaire du gouvernement – CAZALENS ; T.C., 27 décembre 1879, GUIDET]. Déjà depuis longtemps les travaux publics départementaux et communaux sont des opérations administratives au même titre que ceux de l'État. (...) *Les marchés de fournitures sont eux-mêmes entamés*²¹⁰.

En rapportant l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* – d'ailleurs fort tardivement –, il y vit une distinction supplémentaire, qui, pour élargir un peu plus la compétence administrative, en alanguissait le rythme²¹¹. Il mit en exergue les efforts du Conseil d'État pour réserver à la compétence administrative les contrats passés pour le fonctionnement d'un service public, quelle que soit la forme contractuelle employée. Il cite à cet égard l'arrêt *THÉRON* où Georges PICHAT requalifia le contrat litigieux en concession de service public. Cela n'a de sens qu'autant que nous ayons à l'esprit ceci : la mise en discours de la concession de service public²¹² a nettement accompagné une évolution tendant à faire admettre la compétence administrative pour les services publics au fonctionnement desquels des particuliers étaient directement associés – que ce soit par le biais de marchés (de fournitures) ou de concession (de travaux publics).

²⁰⁸ Il indique cette inclination de la jurisprudence dès la quatrième édition de son précis (1900-1901), en l'explicitant encore davantage dans l'édition suivante (1903) : « *On peut se demander néanmoins si, [à propos de la compétence judiciaire pour les marchés de fournitures des départements et des communes], une évolution de jurisprudence ne se prépare pas : 1° le Tribunal des conflits semble disposé à restreindre la compétence judiciaire aux marchés passés par les départements et les communes pour des services exclusivement locaux, ce qui semblerait supposer que la compétence sera administrative toutes les fois que le marché sera passé pour un service mixte en coadministration avec l'État ou pour un service obligatoire. (...); 2° même dans les marchés purement locaux des départements et des communes, l'adjudication donne lieu à une approbation du préfet qui est un acte administratif dont le contentieux est administratif (...); 3° les décrets des 6 et 10 août 1899 [imposant aux entrepreneurs et fournisseurs des clauses favorables aux salariés employés à leur service] et qui s'appliquent aux marchés de fournitures des départements et des communes comme à ceux de l'État, impliquent une tendance à administrativer ces marchés et à les rapprocher des marchés de travaux publics* » (*Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose, 1903 (5^e éd.), p. 710-711).

²⁰⁹ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *CASADAVANT c. Commune de Lisle* (T.C., 11 mai 1901) [1901], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 2 (1929), p. 469.

²¹⁰ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (5^e éd., 1903), p. 215-216 (c'est nous qui soulignons).

²¹¹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Tenin, 1919 (9^e éd.), p. 906.

²¹² Cf. les chapitres 2 et 3, titre II, seconde partie.

Le service public peut être assuré par concession ou entreprise, aussi bien dans le cas du marché de fournitures que dans le cas des travaux publics. Peut-être, toutefois, par analogie avec ce qui se passe dans les travaux publics, devrait-on réserver le nom de concessionnaire à l'entrepreneur de fournitures qui se charge d'un véritable service public.

De plus, nous estimons que, dans cette hypothèse où le marché de fournitures tend à assurer un service public, même passé pour le compte d'un département ou d'une commune, il relève de la juridiction administrative. Cela a été décidé par le Conseil d'État dans l'affaire *THÉRON* (...) et confirmé par l'affaire des *granits porphyroïdes des Vosges*²¹³.

347. S'attachant à la manière dont le marché litigieux s'articulait avec le service public en question – en l'occurrence, celui de la voirie municipale –, Léon BLUM ne s'attarda pas sur l'existence ou non de clauses exorbitantes du droit commun. Il n'employa pas même cette locution. Pour cause, celle-ci était seulement attachée aux marchés de fournitures de l'État ; ceux des départements et des communes n'en comprenaient en principe aucune. Ce qui dans l'espèce pouvait incliner à faire admettre la compétence administrative, ce n'était donc pas de telles clauses. Dans le sens de cette jurisprudence telle que Maurice HAURIOU la rapporta, Léon BLUM s'évertua à faire correspondre la nature administrative du marché litigieux avec une association du fournisseur au service public municipal. Pour les marchés de l'État, la compétence administrative s'explique par les privilèges d'exécution prévus aux cahiers des charges. Pour les marchés des administrations locales, il lie la compétence administrative à un autre fondement : lorsqu'à l'instar des concessions de service public, de tels marchés associent le fournisseur au fonctionnement d'un service public – même local. Aussi engage-t-il une analyse *in concreto*, s'attachant aux caractères intrinsèques du contrat.

Pour qu'un marché de fournitures communal soit un contrat administratif, il faut (...) qu'il participe, *si peu que ce soit, du marché de travaux publics ou du contrat de concession* ; il faut qu'il établisse des rapports précis et constants du fournisseur ou de ses agents, soit avec la commune, soit avec le public. (...) Lorsque le marché, en un mot, n'établit pas entre la commune et le cocontractant des rapports différents de ceux qui s'établissent entre un particulier quelconque et un marchand quelconque, alors le contrat sera passé dans les conditions habituelles du commerce, et nous nous trouverons dans le cas où la commune ayant agi selon le même mode qu'un simple particulier « se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions »²¹⁴.

En somme, les conclusions de Léon BLUM empruntent largement à quelques arrêts qui précédemment ont reconnu la compétence du Conseil d'État pour des marchés portant concession de services publics – pour reprendre une formulation employée

²¹³ *Id.*, p. 908.

²¹⁴ BLUM Léon, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 82 ; année 1912), p. 911-912 (c'est nous qui soulignons).

dans le décret du 31 mai 1910²¹⁵. Les marchés de fournitures *stricto sensu*, c'est-à-dire les marchés s'analysant *in fine* comme une vente pure et simple, continueraient à ressortir à la juridiction judiciaire.

Quand il s'agit de *contrat*, il faut donc rechercher, non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat, par sa nature même. Et, pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public ; il faut que ce contrat, par lui-même, et de par sa nature propre, soit *de ceux qu'une personne publique peut seule passer*, qu'il soit, par sa forme et sa texture, un contrat administratif²¹⁶.

En ce sens, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* paraît s'inscrire dans une jurisprudence qui, sans jamais verser catégoriquement les marchés communaux dans la compétence administrative, esquisse des distinctions étayées sur le service public.

348. La réception de l'arrêt *Société des granits* par la doctrine administrative contemporaine. – Notre compréhension des conclusions de Léon BLUM explique peut-être mieux pourquoi cet arrêt fut si peu remarqué par ses contemporains. Maurice HAURIOU notamment ne l'évoque pas dans l'édition immédiate à cet arrêt (1913)²¹⁷. Dans l'édition suivante (1919), il note dubitativement en note de bas de page que les conclusions de Léon BLUM dégagent « *une distinction entre les marchés destinés à assurer des services publics, tels, par exemple, que les transports par autobus, et ceux qui ne tendent point par eux-mêmes à assurer un service ; les premiers relèveraient de la compétence administrative et pas les seconds* »²¹⁸. En 1928, avec le recul du temps et l'évolution des enjeux doctrinaux, il est plus critique encore :

Le besoin de cette classification en deux catégories provient évidemment d'un certain sentiment de différence qualitative entre divers

²¹⁵ Cf. le décret du 31 mai 1910, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de l'article 96 de la loi du 8 avril 1910 modifiant l'organisation de la juridiction contentieuse du Conseil d'État (*Journal officiel* 1910 (1^{er} juin), n° 147, p. 4670).

²¹⁶ BLUM Léon, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 82 ; année 1912), p. 911.

²¹⁷ Jacques FOURNIER trouve étrange que Maurice HAURIOU n'ait rédigé aucune note de cet arrêt. Il est pourtant présenté aujourd'hui comme un arrêt cardinal du droit des contrats administratifs. « *Sans doute, inévitables dans une œuvre de cette importance, peut-on reprocher à HAURIOU quelques (...) oublis notables : ainsi ne commentera-t-il ni l'arrêt Société des granits porphyroïdes des Vosges ni l'arrêt Société commerciale de l'Ouest africain. Ces lacunes sont d'autant plus surprenantes qu'elles concernent des décisions qui constituaient les premiers signes du prochain ébranlement de la théorie du service public, combattue par notre auteur* » (« Maurice HAURIOU, arrêliste », in E.D.C.E. 1957, p. 157). Son appréciation illustre très bien les biais d'une historiographie piégée dans ses anachronismes. Le désintérêt de Maurice HAURIOU peut ne pas être lié à un « oubli », mais plutôt à la mésestime dans laquelle il tint cet arrêt. Cet arrêt vint accuser des tendances jurisprudentielles sans leur conférer une allure théorique tranchée – nous pensons en particulier à la décision LAGAUCHE (1899) et à l'arrêt THÉRON (1910).

²¹⁸ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, op. cit. (9^e éd., 1919), p. 906.

marchés de fournitures communaux. La différence entrevue fut d'abord *un certain je ne sais quoi*, que l'on s'efforça par la suite de définir par une idée²¹⁹.

Contrairement à l'interprétation que nous lui donnons aujourd'hui, Maurice HAURIOU place cet arrêt – non sans raison – en accord avec la doctrine du service public, et comme l'antithèse d'une doctrine qui ne fut formalisée que bien plus tard, après 1918 : la théorie de la gestion privée²²⁰.

Cette distinction [proposée par Léon BLUM] était éminemment fragile, car elle reposait sur la question de savoir si un marché de fourniture assurait *par lui-même* d'une façon directe et spéciale un service public déterminé, ou bien s'il ne servait qu'à contribuer de loin au fonctionnement des services généraux. Il est en effet bien évident que les fournitures sont toujours plus ou moins directement destinées à des services. Fondé sur une nuance aussi délicate, le *critérium* était impraticable. D'autre part, il allait à l'encontre d'une vérité évidente, à savoir que des services publics peuvent être alimentés par des moyens de droit privé, et c'est justement une pratique que la jurisprudence se proposait de développer [dans les années 1920]. (...) La faculté de choix entre les procédés publics et les procédés privés que cette jurisprudence reconnaît aujourd'hui d'une façon très large, même pour les services d'État, (...) eût été inconciliable avec une règle faisant rigoureusement découler le caractère du contrat de son lien avec le service²²¹.

D'après André MOREL – professeur à la faculté de Lille – « *le Conseil d'État, loin de vouloir rendre un arrêt qui put avoir une portée théorique quelconque, s'est simplement efforcé d'appliquer jusqu'au bout la formule de M. ROMIEU* »²²². Ces deux administrativistes, quoique défendant au fond des idées différentes, développent la même analyse de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. Celui-ci confirmerait les arrêts précédents du Conseil d'État, en appliquant la doctrine de Jean ROMIEU à une matière spécifique du droit administratif : les marchés de fournitures.

349. Gaston JÈZE se positionne autrement : il envisage cet arrêt depuis le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Il est peu enclin à faire la part des choses en distinguant ce qui tient à la formulation d'une théorie contentieuse, et ce qui tient à ses aménagements avec un contrat pour lequel la compétence judiciaire reposait sur un principe séculaire. Tant et si bien qu'à l'instar d'Henry

²¹⁹ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *TEMPLIER c. Commune de Sempigny* (T.C., 1^{er} mai 1928), in *Sirey* 1928. 3. 129. Cette note est l'une des rares à n'avoir pas été reproduites dans ses *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits* (1929). Cet ouvrage devait vraisemblablement être sous presse au moment où ladite note fut publiée au *Recueil Sirey*. Dans l'édition posthume de son *Précis de droit administratif* (1933), son fils André HAURIOU fait référence à une réédition des *Notes d'arrêts...* sous le titre *Jurisprudence administrative* (effectivement, il y eut en 1931 un nouveau tirage), à laquelle aurait été ajouté un supplément comprenant les notes manquantes. Cela dit, la consultation des exemplaires disponibles en région parisienne ne nous pas permis d'en trouver trace.

²²⁰ Cf. le chapitre 2, titre IV, seconde partie.

²²¹ *Ibid.*

²²² MOREL André, *Les marchés de fournitures des départements de la guerre et de la marine pendant les hostilités*, Paris, Bureaux du Journal [du droit administratif], 1918, p. 62.

BERTHÉLEMY²²³, il discerne un infléchissement, là où pour d'autres il y a une correspondance.

[Les termes généraux empruntés par Georges PICHAT dans ses conclusions précitées] avaient fait croire que l'évolution de la jurisprudence était complètement terminée et que le critérium adopté en 1903 (arrêt TERRIER) était logiquement et pleinement appliqué : *le contentieux du fonctionnement des services publics* est administratif par nature, qu'il s'agisse d'actes unilatéraux, de *contrats*, ou d'agissements matériels.

Ceux qui l'ont cru se sont trompés. C'est, du moins, ce qu'affirme le commissaire du gouvernement Léon BLUM dans les conclusions prononcées dans l'affaire *Société des granits* jugée par le Conseil d'État le 31 juillet 1912²²⁴.

Gaston JÈZE néglige la nature des contrats litigieux et distingue seulement selon qu'ils sont ou non passés *pour* le fonctionnement d'un service public. C'est d'ailleurs d'après la même aune qu'il rendit compte de la décision *Compagnie d'assurance Le Soleil* (1910)²²⁵ et de l'arrêt *Commune d'Eyguières* (1912)²²⁶. En s'exagérant la portée de l'arrêt THÉRON, il fut désappointé par l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* qui vint infirmer l'interprétation qu'il en avait dégagée. Il ne dissimule pas une ferme réprobation à l'encontre des conclusions de Léon BLUM, dont il est vrai qu'elles sont pour le moins sibyllines – « *Que voilà donc des formules précises et lumineuses !* » s'exclama-t-il²²⁷. Henry BERTHÉLEMY, manifestement désorienté, pose la question : « *Est-ce un recul dans la solution que nous estimions beaucoup trop large sur la portée de la séparation des autorités administrative et judiciaire, ou bien faut-il dire que le Conseil n'a jamais entendu, sur cette question, adopter les formules trop radicales dont le félicitaient volontiers les partisans de l'extension de la compétence administrative ?* »²²⁸. Ce qui nous importe *in fine* au-delà des interprétations divergentes qui ont pu être faites de cet arrêt, c'est qu'aucune ne s'engage à y discerner la conceptualisation d'un contrat administratif, sinon même l'identification d'un critérium du contrat administratif²²⁹. Les uns appréhendent préférentiellement le contrat litigieux depuis ce principe fondamental qui attribue au juge judiciaire le contentieux des marchés de fournitures ; les autres depuis la définition générale dont le contentieux administratif a été l'objet par le biais du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Du reste, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* suscita assez peu de réactions dans la

²²³ Cf. BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.* (8^e éd., 1916), p. 950.

²²⁴ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (C.E., 31 juillet 1912), in *R.D.P.* 1914, p. 146-147.

²²⁵ JÈZE Gaston, Note sur la décision *Compagnie d'assurances « Le Soleil » c. l'État* (T.C., 4 juin 1910), in *R.D.P.* 1910, p. 468.

²²⁶ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Commune d'Eyguières* (Civ., 26 février 1912), in *R.D.P.* 1912, p. 470.

²²⁷ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in *R.D.P.* 1914, p. 151.

²²⁸ BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, *op. cit.* (8^e éd., 1916), p. viij.

²²⁹ Ce n'est que plusieurs années plus tard que Gaston JÈZE interprète cet arrêt en ce sens. Cf. « Le régime juridique des marchés de service public » (in *R.D.P.* 1918, p. 220).

doctrine²³⁰. En 1920, Gaston MONSARRAT le cite comme un arrêt d'espèce²³¹. Ce n'est qu'à partir des années 1920²³² qu'à l'initiative du commissaire du Gouvernement RIVET, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* fut présenté comme aujourd'hui encore nous l'envisageons²³³. Il fut rétrospectivement distingué en réaction au développement du contentieux des fournitures après la Première Guerre mondiale. Certains ne furent pas dupes de cette exhumation²³⁴, lorsque d'autres critiquèrent tout

²³⁰ Par comparaison avec les arrêts TERRIER et THÉRON, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* reçut un accueil plutôt discret dans la doctrine administrative. Cela atteste notre thèse suivant laquelle sa portée fut réévaluée dans les années 1920 – date à laquelle il est plus souvent cité –, lorsque le Conseil d'État sembla consacrer la théorie de la gestion privée. L'arrêt TERRIER fut commenté ou bien reproduit avec les conclusions attenantes dans : la *Gazette des tribunaux* (14 février 1903, n° 23437), *Le Droit* (25 février 1903, n° 46), la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1903, p. 401), la *Revue générale d'administration* (1903, II, p. 39), le *Recueil Sirey* (1903. 3. 25), le *Recueil Dalloz* (1904. 3. 65), les *Pandectes françaises périodiques* (1904. 4. 90) et l'*Année administrative* (1904, p. 201). En revanche, la *Gazette du Palais* et *La Loi* n'en rendent nul compte (sauf erreur de notre part). L'arrêt THÉRON fut autant sinon mieux accueilli : voir *La Loi* (29 juin 1910, n° 150), la *Gazette des tribunaux* (20 juillet 1910, n° 164), *Le Droit* (24 juillet 1910, n° 169), la *Gazette du Palais* (1910, 2^e semestre, p. 283), la *Revue du droit public* (1910, p. 249), la *Revue générale d'administration* (1911, II, p. 174), le *Recueil Sirey* (1911. 3. 17), les *Pandectes françaises périodiques* (1911. 3. 17) et le *Recueil Dalloz* (1912. 3. 57). Par contraste, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* ne fut nullement évoqué dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, la *Revue générale d'administration*, la *Gazette du Palais*, *La Loi*. Hormis la *Gazette des tribunaux* (12 septembre 1912, n° 205) et *Le Droit* (21 septembre 1912, n° 219), les autres en rendirent compte bien plus tard : le *Recueil Dalloz*, quatre ans plus tard (1916. 3. 35) ; les *Pandectes françaises périodiques* (1917. 3. 15) et le *Recueil Sirey* (1917. 3. 15) cinq ans plus tard ! (du reste cette latence s'explique probablement par le retard accusé par ces deux recueils dans la réception de la jurisprudence). D'après nos recherches, il n'y a – avant la fin de la Première guerre mondiale – que Gaston JÈZE qui en fit l'analyse dans une note critique, du reste assez brève (*R.D.P.* 1914, p. 145) ; de même que Henry BERTHÉLEMY le signala dans la huitième édition (1916) de son *Traité élémentaire de droit administratif* en en faisant l'éloge dès l'introduction.

²³¹ MONSARRAT Gaston, *Marchés de travaux et de fournitures des communes et des établissements communaux de bienfaisance*, Paris, Direction des publications administratives et bibliothèque municipale et rurale, 1920 (1^{re} éd.), p. 297.

²³² Nous avons effectué une recherche à partir du site de la B.N.F. « Gallica » pour comptabiliser les références de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* dans le *Recueil Lebon*. Réalisée à partir de la collection numérique (dont les numéros pertinents vont de 1912 à 1939), la fiabilité de cette recherche est trop dépendante de la qualité des numérisations pour qu'elle puisse être considérée comme rigoureuse. Interprétée avec toute la circonspection qu'il se doit, elle n'en corrobore pas moins notre sentiment. Les renvois à notre arrêt se situent tous dans les années 1920. Cela nous convainc un peu plus que ce fut à compter de cette décennie que notre arrêt a été appréhendé comme un arrêt dont la portée fut susceptible d'irradier la jurisprudence administrative – c'est-à-dire un arrêt de principe. Nous avons recensé trois renvois, chacun correspondant à un arrêt (du Conseil d'État) ou une décision (du Tribunal des conflits) faisant « application » de cette jurisprudence, c'est-à-dire employant la théorie de la gestion privée à la quelle l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* fut rétrospectivement attiré : DESHAYES (C.E., 26 mars 1918), GODET et *Société industrielle de Toulouse c. Ministre de la guerre* (C.E., 18 juillet 1923) & TEMPLIER c. *Commune de Sempigny* (T.C., 1^{er} mai 1928).

²³³ Cf. les conclusions du commissaire du gouvernement RIVET prononcées pour l'affaire *Société générale d'armement* (C.E., 23 décembre 1921) (*R.D.P.* 1922, p. 74).

²³⁴ Le président de l'ordre des avocats aux Conseils, Jean LABBÉ (par ailleurs avocat de la société requérante en 1912), l'indiqua expressément dans une allocution. C'est après la Première Guerre mondiale que l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, d'un arrêt se rapportant modestement aux marchés communaux, prit la dimension d'un véritable arrêt de principe rétroagissant sur la définition des marchés de l'État. « *Le Conseil d'État s'attache, (...) dès [1912], à une notion qui aura une singulière fortune et qui modifiera, à partir de 1920, une jurisprudence que l'on pouvait croire définitive en matière de contrats passés par l'État pour les besoins*

simplement la nouvelle portée que l'on lui assigna²³⁵.

350. Les arrêts *TERRIER, THÉROND & Société des granits* : des arrêts appréhendés à l'aune de la séparation des autorités administrative et judiciaire. – Gaston JÈZE n'est pas le seul à réceptionner ces arrêts en tant qu'ils touchent à la répartition des compétences, plutôt qu'ils ne fondent une théorie des contrats administratifs. Des auteurs aussi différents que Léon DUGUIT²³⁶ et Henry BERTHÉLEMY²³⁷ les évoquent sous ce rapport. C'est en se plaçant au point de vue de l'organisation des tribunaux administratifs que celui-ci en fait la critique. Il admet que pour être « *brutale* », cette nouvelle acception du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire est « *peut-être plus commode* ». Cela ne le laisse pas cependant d'élever les doutes les plus sévères sur les avantages que de telles évolutions présentent pour les justiciables.

Il apparaît bien, pour qui s'élève au-dessus des hypothèses particulières et des cas susceptibles de constituer des « espèces » en jurisprudence, qu'on aura la plus grande peine à assurer, d'une manière générale et absolue, le triomphe pratique d'un pareil système. (...) Peut-être alors des commissaires du Gouvernement, moins désireux d'accroître le rôle du Conseil que d'adapter les solutions théoriques aux besoins de la pratique, s'évertueront-ils à retrouver le fil des distinctions méconnues²³⁸.

Il n'est pas le seul à penser que ce principe, ainsi compris, « *est moins logique et moins protecteur des droits des administrés* »²³⁹. Jean APPLETON, professeur à la faculté de Lyon, est tout aussi sensible aux répercussions touchant les justiciables, pour lesquels l'accès à la justice est moins aisé.

Le Conseil d'État (...) n'a rendu ni plus rapide, ni moins coûteuse la solution des petites litiges de la nature de celui à l'occasion duquel il a adopté la thèse de M. ROMIEU. Si cette jurisprudence persiste, les particuliers seront obligés de porter devant le Conseil d'État, à grands frais, des litiges de minime importance, et, s'ils n'ont pas le bonheur d'être admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, de dépenser, pour faire juger leur querelle, une somme dix ou vingt fois supérieure à l'intérêt du litige. C'est rendre pratiquement impossible la défense et la réalisation des droits des particuliers dans de petits procès, pour la solution desquels le juge de paix serait le magistrat tout désigné²⁴⁰.

C'est pourquoi Henry BERTHÉLEMY s'est félicité du dernier des trois arrêts, en ce

de ses services ; même dans cette hypothèse, l'autorité judiciaire est compétente pour connaître du contentieux de ces contrats quand ils affectent la forme des conventions courantes de droit privé » (Séance d'ouverture de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation du 13 décembre 1923, Paris, Imprimerie Maréchal, s. d., p. 18 ; l'allocution est rapportée dans la *Gazette des Tribunaux* : 21-22 décembre 1923, n° 189).

²³⁵ Cf. par exemple : DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit. (2^e éd.), t. 3 (1923), p. 38 sq.

²³⁶ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1911), p. 441 sq.

²³⁷ BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit. (7^e éd., 1913), p. 934 sq.

²³⁸ *Id.*, p. vi-vij.

²³⁹ *Id.*, p. 936.

²⁴⁰ APPLETON Jean, Recension du *Traité élémentaire de droit administratif* (3^e éd.) de BERTHÉLEMY, in *R.D.P.* 1905, p. 663.

qu'il « *débarrasse le Conseil d'État de la connaissance des litiges sans importance sans mettre en péril le principe de la séparation des autorités* ».

À défaut, cependant, de l'ancienne distinction classique [prônée par LAFERRIÈRE], la plus raisonnable est encore celle qui ne soustrait au contrôle des tribunaux que les actes nettement différents des contrats particuliers, en ce qu'ils ont pour objet l'organisation même de services publics. Est-il admissible, vraiment, que la haute juridiction administrative, unique pour toute la France, ait la charge de régler une note contestée pour l'acquisition d'une bouteille d'encre ou d'une boîte de plumes parce que ces articles sont destinés à une école communale ? tel est pourtant le résultat de la solution absolue, vers laquelle nous avons un instant pensé que le Conseil s'orientait, et qui nous a toujours paru critiquable²⁴¹.

C'est donc principalement au point de vue de l'économie juridictionnelle que ces arrêts furent discutés – à l'aune des vices dont la juridiction administrative était affectée. Les critiques s'inscrivent dans les débats contemporains portés tout à la fois à interroger la juridiction administrative, et à définir le contentieux administratif. Les deux précédents chapitres en attestent. Celles des réticences manifestées à l'encontre des arrêts *TERRIER* et *THÉRON* ne procèdent pas d'un traditionalisme borné. D'aucuns, comme Henry NÉZARD – dans un ouvrage vulgarisateur –, soulignent les avantages qui s'attachaient à l'ancienne partition : la « *distinction des actes administratifs en deux classes [c'est-à-dire en actes d'autorité et en actes de gestion], qui, jadis, a eu une importance considérable dans le droit public, présente encore (...) un intérêt sérieux dans la détermination des juges compétents pour statuer sur les procès qu'ils suscitent* »²⁴². L'adhésion qu'elle rencontre encore n'implique pas nécessairement des opinions réactionnaires. Elle procède de considérations d'autant plus éclairées qu'elles s'attachent à la situation des justiciables ou encore à l'idée que le droit commun puisse être la protection la plus idoine pour les droits des particuliers. Si les réformes successives de la juridiction administrative dans le second XX^e siècle ont ôté presque toute la valeur de ces critiques, elles n'ont pas manqué alors d'être pertinentes. Gaston JÈZE s'insurge contre l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* pour un motif analogue. La distribution des compétences est trop compliquée pour satisfaire à son premier besoin : orienter facilement les justiciables. En commentant les conclusions de Léon BLUM, il ajoute :

Voilà, à mon avis, des subtilités profondément regrettables et tout à fait inutiles. Elles font honneur à la finesse d'esprit de leur auteur, mais étonnent chez un praticien, chez des juges, qui doivent avoir le souci des nécessités pratiques. Elles seraient excusables chez un théoricien, retiré dans sa tour d'ivoire et insensible à toute préoccupation d'utilité pratique. Chez un juge, elles sont, à mon avis, tout à fait critiquables.

De quoi s'agit-il en effet ? Il s'agit uniquement de déterminer le *juge compétent*. Or s'il est une condition essentielle d'une bonne organisation

²⁴¹ BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit. (8^e éd., 1916), p. 951.

²⁴² NÉZARD Henry, *Éléments de droit public à l'usage des étudiants en droit (capacité)*, Paris, Rousseau, 1911 (1^{re} éd.), p. 73.

juridictionnelle, c'est que les plaideurs puissent déterminer *facilement, rapidement*, le tribunal auquel ils doivent s'adresser. Toute règle de compétence difficile à interpréter, à comprendre est *mauvaise*. Elle expose les plaideurs à des erreurs, et, par conséquent, à des pertes de temps et d'argent. Le service de justice est organisé *pour les plaideurs* et non pour les juges ou pour les avocats, avoués, *etc.*²⁴³

Quoi qu'il en soit, nulle part il n'est question du contrat administratif comme d'un concept. Jusque dans l'Entre-deux-guerres, les contrats de l'administration sont appréhendés suivant une partition qui en signale l'hétérogénéité, plutôt qu'elle n'indique un concept qui en transcende les disparités. Les administrativistes distinguent alors les marchés de fournitures, les marchés de travaux publics, les concessions de service public, sans jamais leur supposer une nature commune.

351. La composition par Gaston JÈZE d'une histoire (biaisée) des contrats administratifs : une entreprise coextensive à leur théorisation. – L'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* – dont la réception doctrinale ne fut pas celle que nous lui supposons aujourd'hui – a été rétrospectivement réévalué après la Première Guerre mondiale²⁴⁴. Pour gérer l'afflux des contentieux liés au conflit, le Conseil d'État procéda – dans les années 1920 – à de nouveaux ajustements en consacrant notamment la théorie de la gestion privée. C'est dans le creuset de ces infléchissements que la théorie des contrats administratifs fut conçue. La locution « contrat administratif » cessa à partir des années 1920 de renvoyer à une signification purement contentieuse, pour désigner – sous la plume de quelques-uns – un contrat générique, autour duquel s'articulât un régime juridique spécial dont les linéaments avaient été esquissés à travers la théorie de l'imprévision²⁴⁵. La conceptualisation du contrat administratif ne procède pas directement des évolutions du contentieux administratif intervenues dans les années 1900. Cependant, ces dernières ont été réinvesties dans les années 1920 pour permettre d'étayer cette entreprise doctrinale. Gaston JÈZE qui entreprit le premier un ouvrage distingué sur les contrats administratifs proprement dits (1925)²⁴⁶, occulta la concurrence doctrinale à laquelle était exposée sa théorie en la présentant comme l'aboutissement d'une évolution prétorienne régulière et inexorable. La jurisprudence administrative d'avant-guerre fut réinterprétée de sorte à y faire apparaître (artificieusement) les prodromes de cette

²⁴³ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in *R.D.P.* 1914, p. 151-152.

²⁴⁴ *A pari* : GIACUZZO Jean-François, « L'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. Légende, réalité... et grandeur », in *A.J.D.A.* 2013, p. 2474. *Contra* : PONTIER Jean-Marie, « Les granits ont cent ans », in *A.J.D.A.* 2012, p. 1473.

²⁴⁵ Cf. le titre IV, seconde partie.

²⁴⁶ Cet ouvrage est la reproduction d'un cours professé à la faculté de Paris pour le second semestre 1924-1925. Il en donna une publication augmentée sous le titre : *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements* (1927-1936, 4 vol.), avant de l'intégrer à la troisième édition de ses *Principes généraux du droit administratif* pour y ajouter trois volumes supplémentaires (1934-1936).

théorisation. Cette caution prétorienne et cette densité historique furent mises en exergue – ce nous semble – pour dévaloriser incidemment certaines alternatives doctrinales – essentiellement celle fondée sur la théorie de l'institution de Maurice HAURIOU. De surcroît, la méthode que s'est donnée Gaston JÈZE a pour beaucoup contribué à donner du droit administratif cette idée suivant quoi son dynamisme tînt essentiellement à la jurisprudence administrative. Il loue tout à la fois le Conseil d'État « *pour l'impartialité de ses décisions et la prudente hardiesse de ses innovations* »²⁴⁷, en même temps qu'il dénigre les œuvres doctrinales, qui, en ne se cantonnant pas à la synthèse critique de la jurisprudence, se condamneraient à n'être qu'« *une œuvre d'imagination, un roman écrit par un juriste, – le pire dans le genre ennuyeux, monument d'orgueil, et d'inutilité certaine* »²⁴⁸.

Toute théorie juridique qui n'a pas pour point de départ l'observation minutieuse, attentive des faits, des arrêts, et qui n'en est pas la synthèse exacte et adéquate est dénuée de valeur²⁴⁹.

Une telle méthodologie explique pour une large part la prépondérance qu'il accorde à la jurisprudence²⁵⁰ et – plus encore – la linéarité continue dont il lui fait crédit. Il ne s'agit pas d'insinuer que cela résulte d'une vue foncièrement tronquée de la réalité, mais de noter que la narration qu'il emprunte est historiquement biaisée. Certes, il ne fut pas le seul à cet égard ; mais il contribua plus qu'aucun autre à asseoir cette historiographie qui est admise aujourd'hui comme un canon. Dès lors, la théorie des contrats administratifs se donne à comprendre comme si elle fût l'œuvre propre du Conseil d'État, dissimulant le concours d'une doctrine dont l'apport fut pourtant essentiel, sinon primordial²⁵¹. Plus encore, il oblitère les contingences auxquelles elle doit son développement. En situant la genèse dans les années d'avant-guerre, il accentua d'autant le rôle du Conseil d'État en même temps qu'il rendit incompréhensible les conditions de sa formalisation dans l'Entre-deux-guerres. Ainsi

²⁴⁷ JÈZE Gaston, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », in *R.D.P.* 1914, p. 312.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Id.*, p. 313.

²⁵⁰ Pour quelques aspects biographiques complétés d'une présentation de la méthode de Gaston JÈZE, cf. MASLARSKI David, « La conception de l'État de Gaston JÈZE », in *Jus politicum* 2009, n° 3 (disponible sur Internet). Cf. en outre : BEAUD Olivier, « L'œuvre de Gaston JÈZE justifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », in *Jus politicum* 2013, n° 11 (disponible sur internet), p. 15 *sq.*

²⁵¹ C'est une semblable recomposition de l'histoire que dénonce Jean RIVERO à propos de la promotion du concept de service public dans les premières décennies du XX^e siècle. À la suite de certains de ses contemporains – tels les professeurs EISENMANN ou CHAPUS –, il note les vicissitudes doctrinales de la décision *BLANCO* (1873). Passée inaperçue dans un premier temps, elle fut ultérieurement présentée comme un acte fondateur du droit administratif, à l'aune duquel la portée de l'arrêt *TERRIER* (1903) put être exhaussée. Cette critique participe d'une réévaluation de la contribution de Maurice HAURIOU au succès de la théorie du service public (cf. « HAURIOU et l'avènement de la notion de service public », in [collectif], *L'évolution du droit public : études offertes à Achille MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, p. 461). Comp. BIGOT Grégoire, « Les mythes fondateurs du droit administratif », in *R.F.D.A.* 2000, p. 527.

son traité est-il passé pour l'avoir consacrée en doctrine²⁵², après les premières expressions prétoriennes des années 1900.

352. Gaston JÈZE a profondément nivelé le relief doctrinal en occultant les doctrines qui – durant l'Entre-deux-guerres – ont pu intéresser les contrats de l'administration. Il présenta la jurisprudence administrative sous un aspect qui la fit voir comme une œuvre continue, entamée par l'arrêt *TERRIER* jusqu'à être réceptionnée par une doctrine universitaire attentiste²⁵³. Auteur d'une histoire recomposée, il lia la genèse de cette théorie à un génie démiurge du Conseil d'État, si bien qu'elle semble aujourd'hui atemporelle, comme suspendue hors du temps. Cette appréhension historique de la théorie des contrats administratifs s'est transformée par l'effet du temps en une espèce de vulgate ; elle fait l'effet d'une évidence sur laquelle l'on ne s'interroge pas – ou trop peu. Les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* – dont l'édition *princeps* est de 1956 – ont érigé cette historiographie en catéchisme. Les évolutions qui, depuis, ont modifié le droit des contrats administratifs se sont successivement accommodées de ce passé nébuleux, en en modifiant parfois les termes pour en conserver les contours. Rien n'est plus emblématique à cet égard que ce petit ajustement – si discret – auquel ont procédé les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, après les arrêts *Époux BERTIN* et *Consorts GRIMOUARD* (1956). Dans la première édition, la portée de l'arrêt *THÉRON* est minorée pour ne faire surgir aucune discontinuité avec une jurisprudence préférant définir les contrats administratifs par le biais des clauses exorbitantes :

Loin d'être un arrêt de principe, comme on l'a cru trop longtemps, l'arrêt *THÉRON* n'est en réalité qu'un arrêt d'exception apportant un élément hétérogène dans une jurisprudence qui a, dans l'ensemble, évolué régulièrement de l'arrêt *BLANCO* à l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain*. C'est donc essentiellement au point de vue de l'unification du contentieux administratif des collectivités locales avec celui de l'État que l'arrêt *THÉRON* conserve une valeur actuelle²⁵⁴.

Dans la seconde édition, les perspectives ont été bousculées pour accueillir sans vague la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État et donner l'impression qu'une conscience immanente préside aux courants jurisprudentiels.

²⁵² Georges VEDEL estimait que le *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* de Gaston JÈZE constituait « son plus beau titre scientifique », n'hésitant pas à le reconnaître comme « le père [d'une] théorie des contrats administratifs qu'il a à peu près tirée du néant » (*Droit administratif*, Paris, P.U.F. 1958-1959 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 589).

²⁵³ Le professeur LLORENS l'indique sans ambages : « *Le droit des contrats administratifs n'est pas présenté comme une construction du Conseil d'État parmi d'autres. Il passe pour l'un de ses plus beaux fleurons : de ceux que l'on se plaît à citer lorsqu'on veut illustrer le caractère jurisprudentiel du droit administratif tout entier, de ceux que l'on met en exergue pour démontrer la différence fondamentale qui sépare ce dernier du droit privé* » (« Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », in [collectif], *Mélanges offerts à Max CLUSEAU*, Toulouse, Presses I.E.P., 1985, p. 378).

²⁵⁴ BRAIBANT Guy, LONG Marcel et WEIL Patrick *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1956 (1^{re} éd.), p. 83.

L'on crut (...) que l'arrêt *THÉRON* n'avait été qu'un arrêt d'espèce, apportant, dans un cas un peu insolite, un élément hétérogène dans une jurisprudence qui évoluait dans l'ensemble régulièrement depuis l'arrêt *BLANCO* et qui allait être confirmée par la décision *Société commerciale de l'Ouest africain*. Cependant le critère de compétence de l'arrêt *THÉRON* (...) n'était pas oublié²⁵⁵.

« *Le critère de compétence de l'arrêt THÉRON n'était pas oublié* » : aucune jurisprudence ne disparaît tout à fait, même lorsqu'il n'en est plus fait application ! Elles composent une espèce de Panthéon, où elles y exercent – parfois virtuellement – une pesanteur à laquelle le Conseil d'État demeure sensible. Il en conserve la mémoire, parfois la ravive. Cette manière de rapporter la généalogie jurisprudentielle s'apparente à une historiographie mystificatrice qui ne cesse de peser sur notre représentation de la théorie des contrats administratifs.

²⁵⁵ BRAIBANT Guy, LONG Marcel et WEIL Patrick *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1958 (2^e éd.), p. 89. Il faut ajouter que dans le commentaire de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, les auteurs de cet ouvrage (dans la première édition) auguraient « *d'une évolution qui n'est probablement pas achevée* » (1956), avant de d'interroger pareillement dans la deuxième : « *L'évolution est-elle achevée, et ne connaîtra-t-elle pas de nouvelles hésitations et de nouveaux retours ?* » (1958). C'est qu'en plus d'être co-auteur de cet ouvrage, Marceau LONG fut à l'instigation de cet infléchissement jurisprudentiel. Le ton emprunté – pour le même passage – se fait plus ferme à partir de la quatrième édition (1965).

353. Conclusion du titre I. – Sans mésestimer la valeur doctrinale du traité de Gaston JÈZE, nos propos se sont appliqués à critiquer la genèse historique attachée à la théorie des contrats administratifs. Il ne s'agit pas seulement de battre en brèche une idée reçue – ou que nous présentons comme telle –, mais d'engager l'écriture d'une histoire alternative de la théorisation des contrats administratifs. Critiquer l'historiographie canonique en fait partie. Il convient d'en apprécier les ressorts afin de la comprendre avec la distance que nous offre le temps écoulé. Cela étant, elle doit être pleinement associée à notre objet de recherche. Car cette historiographie est concomitante de la formalisation de cette théorie. Son énonciation est avant tout un vecteur de sa promotion. En ce sens, elle est un document d'histoire – non pas un discours historique. C'est ce que nous nous sommes efforcé de démontrer dans le dernier chapitre en engageant un examen critique des arrêts *TERRIER*, *THÉRON* et *Société des granits porphyroïdes des Vosges* – ainsi que de leur réception doctrinale. Cela étant, les deux chapitres précédents ne se sont pas contentés de poser un contexte. Nous les avons engagés pour convaincre de ceci : ni les parlementaires qui – pour divers motifs – se sont souciés de la juridiction administrative, ni les universitaires qui se sont préoccupés du contentieux administratif au cours de la Belle Époque, n'ont manifesté l'ambition de dégager un concept du contrat administratif. Si cette locution fut souvent employée, ce n'a jamais été que pour désigner les contrats relevant de la compétence administrative. Autrement dit, elle a toujours été mobilisée en rapport avec la juridiction administrative et le contentieux administratif. Cette corrélation est décisive pour saisir la portée que les administrativistes ont assignée à cette locution. Sauf à la mésinterpréter par le biais d'un anachronisme. En ce sens, les contrats administratifs ne sont pas si différents des contrats commerciaux qui n'ont pas de spécifiques que la juridiction compétente pour en connaître. La doctrine de Léon DUGUIT – qui du reste déconsidère la *summa divisio* pour ne lui conférer qu'une valeur secondaire – est emblématique de cette opinion médiane. Avec un Gaston JÈZE qui à cette époque ne s'en distingue pas encore, les contrats administratifs aident à convenir d'une certaine acception du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Loin de désigner *un* contrat génériquement singulier, le contrat administratif participe d'une économie juridictionnelle dont l'excellence de la formule réside dans sa simplicité. Avant d'aborder à proprement parler la théorisation des contrats administratifs en nous déportant vers l'Entre-deux-guerres, il nous faut poursuivre notre démarche. C'est pourquoi dans le titre suivant nous souhaitons traiter de la manière dont les contrats dits administratifs ont été appréhendés chacun. Il s'agit en l'occurrence des marchés (de fournitures et de travaux publics), ainsi que des concessions (de travaux et de services publics). Les réflexions qui ont été tenues sur chacun d'eux n'ont jamais convergé vers la reconnaissance d'un contrat administratif qui fût propre dans son genre.

TITRE II

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS : UN SUJET DOCTRINAL TRAVERSÉ PAR DES RÉFLEXIONS DIVERGENTES (1860-1914)

354. À la fin du XIX^e siècle, les juridictions administratives ont été l'objet de velléités réformatrices par le biais desquelles les contrats administratifs ont souvent été rejetés vers la compétence judiciaire. Qu'ils aient été employés à démontrer la vacuité du contentieux administratif ou bien à provoquer sa réduction, ces contrats ont été affectés par le fait que la quasi-majorité des administrativistes du second XIX^e siècle s'est refusée à les comprendre dans les limites naturelles du contentieux administratif. Lorsqu'il s'est agi de discuter de la raison d'être de la juridiction administrative, la compétence judiciaire a souvent été admise à leur sujet comme un compromis susceptible d'en consolider les fondements. Ce n'est pas que les administrativistes firent montre d'une inaptitude à s'expliquer rationnellement le contentieux administratif en ne sachant comment y associer les contrats. Ils n'ont cessé d'être cohérents avec une représentation du droit administratif parfaitement sensée, et plus encore avec la conception classiquement admise du contrat. Pour tous les juristes – privatistes comme publicistes –, l'idée qu'il pût exister deux genres de contrat foncièrement différents aurait été une hérésie, sinon une idée inintelligible. À cet égard, la doctrine d'Édouard LAFERRIÈRE qui de nos jours est parfois interprétée comme une préfiguration lucide de la conceptualisation du contrat administratif, ne doit pas être dénaturée. Elle dénote le pragmatisme avec lequel il présenta le contentieux contractuel de l'administration, sensiblement bouleversé par l'abandon de la juridiction ministérielle au point de n'être plus étayé que par des textes napoléoniens. Quoi qu'il en fût du succès de son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, les administrativistes de la Belle Époque n'ont jamais supposé aux contrats de l'administration une unité quelconque. Certes, l'expression « contrats administratifs » permet de désigner les contrats ressortissant à la juridiction administrative. Cela dit, la distribution des compétences résultait à ce point d'une stratification historique qu'il eût été difficile de discerner l'identité générique d'un contrat autonome du droit privé. Cette expression « contrat administratif » est profondément équivoque pour notre regard, car sa familiarité dissimule une conception différente. Compris exclusivement dans une acception contentieuse, le contrat administratif de la Belle Époque n'est pas même un prodrome du concept que nous admettons aujourd'hui. Loin de renvoyer à un droit des contrats

administratifs en germe, sa signification est à rapprocher des débats sur le contentieux administratif et la réforme de la juridiction administrative, dont il participe à construire les enjeux. Dans le titre présent, nous souhaitons non pas considérer le contrat administratif, mais spécifiquement les principaux contrats de l'administration compris sous cette expression. À savoir les marchés administratifs et les concessions de services (et de travaux). Ce point de vue doit faire apparaître qu'au cours des trois décennies précédant la Grande Guerre, les administrativistes ont tenu à leur propos des réflexions autonomes. Rien dans celles-ci ne permet d'induire une convergence d'où aurait résulté une conceptualisation des contrats administratifs. Ce faisant nous soulignerons que ces contrats ont été compris assez différemment : les premiers en confinant avec le droit privé (**chapitre 1**) ; les seconds en étant assimilés au droit public au travers de l'unilatéralisme (**chapitre 2 et 3**). Ainsi qu'en témoignent les administrativistes lorsqu'ils traitent des contours du contentieux administratif, le contentieux contractuel ne renvoie pas à *un* contrat administratif, mais à *des* contrats *hétéroclites*. Les bornes chronologiques retenues s'expliquent par les problématiques envisagées. En poussant jusqu'au terme de la Belle Époque, nous avons – en amont – embrassé la seconde moitié du XIX^e siècle. Notre propos a été de cadrer avec une période sur laquelle l'administration a repensé ses relations avec les fournisseurs et entrepreneurs, ou bien sur laquelle certaines pratiques contractuelles inédites (ne fût-ce que dans leur ampleur) se sont développées.

Chapitre premier

Les marchés administratifs évoluant entre droit privé et droit public

355. Dès le milieu du XIX^e siècle et plus encore dans sa seconde moitié, les cahiers des charges des marchés administratifs (notamment ceux de travaux publics) ont fait l'objet de réformes successives portées à atténuer les rigueurs imposées aux entrepreneurs. Ces marchés n'ont jamais cessé d'être analysés comme des contrats qui, en tant que tels, ne pouvaient qu'être rapprochés des contrats du code civil – référent cardinal. Ce n'est pas dire que le droit civil aurait été employé pour penser les marchés de travaux publics. La question, en ces termes, serait mal posée. Le souci qu'eut l'administration de réaménager ses relations avec les entrepreneurs, atténua peu à peu les aspects par lesquels ces marchés semblaient organiser une subordination consentie et momentanée des contractants vis-à-vis de l'administration contractante. Le droit civil des obligations a été élevé comme un horizon propre à orienter le réaménagement de ces rapports contractuels. Ce n'est pas tant qu'il eût été utilisé pour inspirer *///* droit des marchés administratifs – si tant sans peu qu'il ait existé à cette époque. Nous dirions plutôt qu'il a été mobilisé comme un référent susceptible de penser le cadre d'une évolution aux nombreuses résistances (**section 1**). C'est dans cette configuration qu'ont été pensées les clauses exorbitantes de ces marchés – notamment par le biais de la littérature doctorale. En aidant à caractériser ces contrats, elles furent moins employées rendre compte du droit positif, qu'à appliquer une analyse qui accompagnât cette évolution portée à oblitérer leur originalité (**section 2**).

Section première. – De la réformation des cahiers des charges au rapprochement des marchés administratifs près du droit civil

356. Rétrospective sur les marchés de fournitures avant les années 1870 : des actes associés à l'action administrative. – La doctrine administrative du premier XIX^e siècle s'est attachée aux marchés administratifs – plus spécialement aux marchés de fournitures de l'État – en explicitant une corrélation entre la compétence administrative et l'action administrative. L'exemple de ces marchés fut employé en faveur de cette thèse devenue classique sous la Monarchie de Juillet, qui distinguait entre l'État-administrateur et l'État-propriétaire. Lors des débats parlementaires de la Seconde Restauration, les marchés de fournitures ont souvent été convoqués pour caractériser un mode d'administration propre aux services publics – c'est-à-dire les activités qui en étant échues à l'État, revêtaient un caractère d'intérêt général pour les

contemporains. Et ce par contraste avec ce qui touchait à la gestion patrimoniale, tels les baux administratifs ; ou bien à la tutelle administrative, tels les contrats des communes. Comme nous nous en sommes justifié, il ne s'est pas agi d'une vue d'esprit spécialement indiquée par le souci de justifier une compétence administrative élargie. Conçues comme un vecteur de l'action administrative, ces conventions ont été associées à une responsabilité ministérielle dont les termes participaient de l'essence de la juridiction administrative. Ces marchés étaient associés à la mise en mouvement d'un pouvoir administratif attaché à une architecture concentrique et hiérarchique de l'administration. La réunion des juridictions active et contentieuse entre les mains des ministres en est l'illustration la plus significative. Le fait qu'il s'agisse d'un contrat n'a jamais fait difficulté à penser les marchés de fournitures de l'État comme une attribution consubstantielle au pouvoir ministériel, essentielle à son action et déterminante de sa responsabilité¹. Cette manière de voir n'est pas le fruit de confusions entretenues à l'avantage d'un arbitraire administratif². Elle résulte de la mise en cohérence d'un procédé contractuel avec un modèle dynamique de l'administration. En faisant de l'une des parties un juge, la juridiction ministérielle indique ce à quoi participent ces marchés. Cette entorse aux principes élémentaires de justice – dont les contemporains étaient tout à fait conscients et contre laquelle certains se sont élevés – souligne ce qu'il y avait d'impérieux pour d'aucuns à ce que leur exécution fût amalgamée au contentieux. De ce point de vue, les marchés donnent prise au dynamisme de l'action administrative en mouvement, au lieu de figer les rapports collaboratifs dans un cadre statique. La singularité des marchés de fournitures tenait moins à leur nature intrinsèque qu'à leur solidarité avec un mode d'action singulier à l'État. Par un renversement où, là encore, l'exemple des marchés de fournitures de l'État a été largement mobilisé, l'abandon de la juridiction ministérielle amena à appréhender ces marchés comme des conventions pures et simples. BOUCHENÉ-LEFER et AUCOC sont de ceux qui se sont signalés à cet égard³. Nombre d'administrativistes furent enclins à analyser le régime juridique des fournitures comme une accumulation de dérogations apportées au droit privé – à l'instar des contrats commerciaux dont l'exemple fut souvent invoqué. Cette approche s'appuyait sur une définition du contentieux administratif qui excluait, par principe, tous les actes contractuels de l'administration. Si bien que la compétence du Conseil d'État – en premier et dernier ressort – pour les fournitures de l'État se présentait comme une dérogation apportée à l'ordre naturel des compétences.

¹ Cf. le chapitre 2, titre IV, première partie.

² En ce sens, cf. deux articles du professeur BIGOT : « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 » & « La dictature administrative au XIX^e siècle : théorie historique du droit administratif » (*in* R.F.D.A. 2003, 218 et 435).

³ Cf. le chapitre 3, titre IV, première partie.

357. Cette évolution n'est pas tant celle d'une doctrine qui se corrige devant l'évidence entêtante des choses, que d'un nouvel ajustement des perspectives touchant à la conception du pouvoir administratif et à la définition du contentieux administratif. L'abandon de ce que d'aucuns peuvent rétrospectivement considérer comme une confusion des genres – la juridiction ministérielle –, ôta aux marchés de fournitures ce qu'ils avaient de spécifique, pour ne les donner à voir que comme des contrats. Dès lors, plus rien ne justifiait qu'ils fussent associés à un ordre préoccupation hétérogène aux relations purement contractuelles. Ou plutôt ces deux évolutions surgirent-elles simultanément en rétroagissant l'une sur l'autre. Au point de vue où était placée la doctrine administrative avant les années 1870, celle-ci comprenait la juridiction ministérielle pour les marchés de fournitures comme une prérogative conçue de telle sorte que le concours de l'industrie privée ne pût jamais troubler les mouvements de l'action administrative. C'est pourquoi la compétence juridictionnelle des ministres et la question des fournitures ont souvent été liées dans les ouvrages systématiques du droit administratif. DUCROCQ l'indique explicitement lorsqu'il recense les attributions contentieuses des ministres :

Une autre attribution contentieuse des ministres mérite également, par son importance, une mention spéciale, et les règles de cette matière, ne se reproduisant pas dans les autres parties de l'ouvrage, doivent être exposées ici. Les ministres sont compétents (...) pour statuer sur toutes les difficultés relatives à l'interprétation ou à l'exécution des *marchés de fournitures* faites au gouvernement⁴.

Il est symptomatique qu'avant les années 1870, aucun administrativiste n'ait traité des marchés de fournitures en tant que tels. Certains répertoires envisagent ces contrats, depuis l'adjudication jusqu'à leur exécution, en explicitant les obligations générées de part et d'autre. Ainsi en est-il – pour ne citer que les principaux – des *Éléments de jurisprudence administrative* de MACAREL, des *Questions de droit administratif* de CORMENIN, de la *Jurisprudence générale* de DALLOZ, du *Répertoire général* de LEDRU-ROLLIN, des *Questions et traités de droit administratif* de SERRIGNY. Cependant, la publication par Arsène PÉRIER d'un ouvrage qui leur est spécialement consacré, indique un infléchissement profond⁵.

358. **L'autonomisation des marchés de fournitures comme sujet doctrinal : la contribution décisive des praticiens.** – Le plan adopté par l'avocat aux Conseils PÉRIER n'est pas très différent de ceux adoptés dans les répertoires que nous venons de mentionner. Ce qu'il y a d'inédit réside dans une démarche éditoriale qui signale une appréciation différente du sujet. Il ne s'agit pas – à l'instar des ouvrages savants

⁴ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, Paris, Durand, 1863 (2^e éd.), p. 16.

⁵ Cf. PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, Paris, Plon & Cie, 1876.

universitaires – de les envisager comme une manifestation de la juridiction ministérielle ; ni même – à l’instar des répertoires praticiens – d’en traiter comme d’une matière, rapprochée de nombreuses autres. Sans prétendre à aucune originalité, Arsène PÉRIER témoigne d’une inclination d’esprit par laquelle il n’est pas question de traiter d’une question de droit au travers d’une ambition encyclopédique. Sans doute s’évertue-t-il à satisfaire avant tout les praticiens – c’est essentiellement sous ce rapport que fut accueilli cet ouvrage⁶. Pour autant, cette entreprise traduit selon nous le souci de conférer à ce sujet une valeur autonome. Sans exagérer la différence qui peut le distinguer quant au fond des répertoires, cet auteur singularise les fournitures dont il fait voir incidemment la cohérence thématique. Ainsi, il envisage les marchés de l’État, suivis de ceux des départements, des communes et des établissements publics, et dans un dernier temps – très emblématique – les réquisitions. Autrement dit, il clarifie les termes d’un commerce juridique dont le fait d’être envisagé dans un ouvrage à part souligne son importance. L’avocat aux Conseils PÉRIER érige les fournitures en un objet de savoir pratique. « *On voit combien il est nécessaire que des règles précises déterminent les rapports de l’État et des entrepreneurs chargés de pourvoir à des besoins aussi étendus et aussi variés* »⁷. Il n’y a rien de fortuit – pensons-nous – à ce qu’un autre avocat aux Conseils, Eugène PERRIQUET, lui emboîte le pas quelques années plus tard en s’attachant aux contrats de l’État⁸. L’œuvre de celui-là est encore prolongée – dans les années 1920 – par Louis TÉTREAU⁹, et dans une certaine mesure, par Gaston MONSARRAT¹⁰. Presque concomitamment dans les années 1880, Alfred GAUTIER (professeur à la faculté d’Aix) et E. JOUVE (avocat) couvrent les marchés de travaux publics en leur consacrant un ouvrage spécial¹¹.

359. Cinquante ans d’une politique réformatrice des cahiers des charges : la « civilisation » des rapports contractuels de l’administration. – Les entreprises doctrinales précitées procèdent à notre sens d’un infléchissement qui ne fut pas seulement suscité par un réaménagement de la juridiction administrative. L’abandon de la théorie du ministre-juge – qui, répétons-le, s’est appliquée dans un premier

⁶ C’est ce dont témoignent les comptes-rendus bibliographiques d’Alexandre SOREL (*Le Droit* (2 août 1877), n° 182 & (16 novembre 1877), n° 276), d’Alexandre DUVERGER (*Bulletin de la Société de législation comparée* 1876-1877, VI, p. 549) et de Gustave BRESSOLLES (*Académie de législation de Toulouse* 1878-1879, XXVII, p. 141).

⁷ *Id.*, p. 2.

⁸ Cf. PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l’État* (1884, 1^{re} éd.).

⁹ Cf. TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, Paris, Librairie administrative et des chemins de fer Paul Dupont, 1921. Cet auteur place lui-même son ouvrage dans la généalogie doctrinale de l’ouvrage de PÉRIER. « *De nombreuses années se sont écoulées depuis la publication du Traité des marchés de fournitures de M. Arsène PÉRIER, ancien président de l’Ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation. Il nous avait semblé qu’il ne serait pas sans intérêt de reprendre l’examen des questions étudiées autrefois par notre savant prédécesseur* » (*id.*, p. 5).

¹⁰ Cf. MONSARRAT Gaston, *Marchés de travaux et fournitures des communes et des établissements communaux de bienfaisance* (1920, 1^{re} éd.).

¹¹ Cf. GAUTIER Alfred & JOUVE E., *Traité pratique du marché de travaux publics* (1881).

temps aux marchés de fournitures de l'État – a accompagné (en l'amplifiant) cette disposition de l'administration à considérer davantage ses contractants comme des partenaires économiques, plutôt que de les envisager comme des agents subordonnés. Ce fut tout particulièrement le cas avec les marchés de travaux publics passés par l'administration des ponts et chaussées. Une circulaire prise pour expliciter le cahier des clauses et conditions générales de 1866 l'illustre parfaitement. Elle participe d'une évolution par laquelle l'administration formalise avec ses entrepreneurs des rapports dont l'esprit emprunte davantage à l'équité contractuelle qu'à leur subordination temporaire. Les entreprises ne sont plus tant conçues comme un moyen pour placer à la discrétion de l'administration, capitaux et compétences techniques. L'auteur de cette circulaire – le ministre des travaux publics, Armand BÉHIC – l'exprime sans équivoque :

Il est juste de reconnaître que les clauses de 1833, comme celles de 1811, portent visiblement l'empreinte de cette pensée, qu'à raison de la nature et du but des travaux dont ils se rendent adjudicataires, les entrepreneurs ne sont en quelque sorte que des agents d'un certain ordre de l'administration, obligés d'accepter ses décisions, lors même qu'elles blessent leurs intérêts et semblent en désaccord avec le véritable sens des clauses du contrat¹².

À partir des années 1860, les marchés administratifs incarnent tendanciellement un commerce juridique qui se normalise à l'aune du référent contractuel. L'administration mesure plus scrupuleusement les prérogatives qu'elle croit lui être nécessaire pour sauvegarder les intérêts dont elle a la responsabilité. Il est moins question pour la doctrine administrative de donner à voir une administration qui aliène contractuellement l'industrie privée en l'assujettissant à son autorité, que d'expliquer les ressorts d'une collaboration fondée sur le modèle contractuel. D'ailleurs, les auteurs pertinents sont souvent des avocats, qui en s'adressant aux praticiens, ont sciemment privilégié cet abord. Les cahiers des clauses et conditions

¹² Circulaire du 21 novembre 1866, prise en interprétation du cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux des ponts et chaussées du 16 novembre 1866 (*Recueil de lois, ordonnances, décrets, règlements & circulaires concernant les services dépendant du ministère des travaux publics*, Paris, Imprimerie administrative V^{ve} Jousset, 1903, IX (1^{re} série), p. 495-496). L'esprit de cette révision est assez bien traduit dans le rapport de la commission *ad hoc* à qui fut confié le soin de proposer un projet de révision du cahier de 1833 : « *Le projet de 1849 [créée dans les mêmes fins] et le projet que nous proposons aujourd'hui reposent sur les mêmes principes. Dans un haut intérêt public, l'Administration doit conserver toute autorité pour diriger, régler, modifier la marche et les conditions de toute entreprise de travaux publics ; mais tout marché est un contrat qui lie au même degré les parties contractantes ; l'entrepreneur ne peut être tenu de se conformer aux modifications que dans les limites déterminées par les Clauses et Conditions du marché, et, dans ces limites mêmes, il a droit à indemnité, si les prévisions du contrat ont été changées d'une manière préjudiciable à ses intérêts. La Commission s'est attachée à assurer à l'Administration d'une manière absolue la plénitude des droits dont il est nécessaire qu'elle soit investie dans l'intérêt du service public, et à donner en même temps toute garantie aux entrepreneurs que l'exercice de ces droits ne pourrait, dans aucun cas, devenir pour eux une cause de préjudice* » (Rapport sur le projet de révision du cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des ponts et chaussées du 25 août 1833 (29 mai 1865), p. 6 ; Archives nationales : F/14/15625). Cet extrait est partiellement rapporté par Léon AUCOC dans ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif* (1^{re} éd., 1869-1876).

générales applicables aux entrepreneurs des travaux des ponts et chaussées ont successivement accompagné cette évolution¹³, de même que les circulaires prises pour leur interprétation¹⁴. Nous pourrions encore y ajouter un avis remarqué de la section des travaux publics du Conseil d'État, précédant la révision – en 1892 – du cahier des clauses et conditions générales de 1866¹⁵. En notant au passage que cette réforme « *a été provoquée par la demande du Syndicat des entrepreneurs [de travaux publics de France]* »¹⁶, celle-ci entérine cette orientation.

En abordant l'étude de cette réforme, l'Administration a eu principalement pour but d'accorder au Syndicat les satisfactions compatibles avec l'intérêt public ; (...) il importe dès lors de limiter le plus possible les additions et modifications [suggérées par le Conseil général des ponts et chaussées et qui tendent à renforcer les droits de l'État dans ses rapports avec les entrepreneurs]¹⁷.

360. Entre 1885 et 1910, trois commissions *ad hoc* ont accéléré cette évolution du cahier

¹³ Nous pensons à ceux du 16 novembre 1866 (*Recueil de lois... concernant les services dépendant du ministère des travaux publics*, *op. cit.*, t. 9 (1^{re} série), p. 483), du 16 février 1892 (*id.*, V (2^e série), p. 20), du 30 septembre 1899 (*id.*, X (2^e série), p. 545) et du 29 décembre 1910 (*id.*, XIX (2^e série), p. 566).

¹⁴ Elles ne sont pas toutes égales du point de vue où nous les envisageons, mais nous préférons les rapporter toutes pour que le lecteur puisse se faire une idée de l'accumulation graduelle de ces textes qui ont donné corps à cette mutation dont nous parlons. Cf. les circulaires du 21 novembre 1866 (*id.*, IX (1^{re} série), p. 495), du 14 avril 1877 (*id.*, XI (1^{re} série), p. 182), du 12 avril 1881 (*id.*, I (2^e série), p. 96), du 7 juin 1884 (*id.*, II (2^e série), p. 182), du 18 février 1892 (*id.*, V (2^e série), p. 54), du 5 mai 1893 (*id.*, VI (2^e série), p. 181), du 30 septembre 1899 (*id.*, X (2^e série), p. 548), du 17 octobre 1900 (*id.*, XI (2^e série), p. 238) et du 19 juin 1908 (*id.*, t. XVII (2^e série), p. 574), du 29 et 30 décembre 1910 (*id.*, t. XIX (2^e série), p. 580 et 648).

¹⁵ Une révision du cahier de 1833 fut projetée dès le début de la Deuxième République. Par un arrêté du 23 novembre 1848, le ministre des travaux publics – Alexandre-François VIVIEN – institua une commission essentiellement composée de membres de l'administration des ponts et chaussées, chargée de proposer un projet de révision dudit cahier. Celui-ci fut soumis pour avis au conseil général des ponts et chaussées (délibérations des 25 juin et 12 novembre 1849), ainsi qu'à la section d'administration du Conseil d'État (avis du 17 janvier 1850). Sans aucune raison connue, ce projet fut laissé en déshérence, quoiqu'il inspira profondément le cahier des clauses et conditions générales des travaux dépendants des services de la Couronne (arrêté pris le 15 novembre 1854 par le ministre des finances, ministre de la maison de l'Empereur – Achille FOULD). Près de dix ans plus tard, le ministre des travaux publics – Louis BÉHIC – institua une commission *ad hoc* afin qu'elle propose un nouveau projet du cahier des clauses et conditions générales pour les travaux publics des ponts et chaussées (arrêté du 22 juin 1864). Après son rapport rendu le 29 mai 1865 et un avis du conseil général des ponts et chaussées du 6 août 1866, le même ministre des travaux publics arrêta le cahier de 1866 (26 novembre). Près de vingt ans plus tard, une nouvelle commission fut nommée par le ministre des travaux publics, Charles DEMOLE (arrêté du 29 octobre 1885). S'ensuivirent le rapport de cette commission (19 juillet 1886), un avis du conseil général des ponts et chaussées (25 juin 1890) et un avis de la section des travaux publics du Conseil d'État (3 juin 1891), avant que l'arrêté du 16 février 1892 ne donna une nouvelle version dudit cahier.

¹⁶ Avis de la section des travaux publics du Conseil d'État (présidée par Alfred PICARD), rendu le 3 juin 1891 sur un projet de révision du cahier des clauses et conditions générales du 16 novembre 1866 (Archives nationales : AL//1080 ; affaire n° 85857, p. 2). Cet avis intervient après une intervention lobbyiste du Syndicat national des entrepreneurs de travaux publics. Le ministre des travaux publics y répondit en instituant une commission (par arrêté ministériel du 29 octobre 1885) constituée d'inspecteurs généraux du corps des ponts et chaussées. Elle rendit un rapport le 19 juillet 1886. C'est à sa suite que le ministre des travaux publics saisit la section des travaux publics du Conseil d'État pour avis.

¹⁷ Avis (précité) de la section des travaux publics du Conseil d'État, rendu le 3 juin 1891 (AL//1080 ; affaire n° 85857, p. 2).

des clauses et conditions générales. Instituées pour briser les antagonismes entre le Syndicat des entrepreneurs publics et du Conseil général des ponts et chaussées¹⁸, elles réunissent des acteurs institutionnels et privés (parlementaires, membres de l'administration et du Conseil d'État, président d'associations ou de syndicats patronaux, *etc.*)¹⁹. Cette agrégation fut déterminante pour assimiler les revendications des entrepreneurs de travaux publics. Le sens de leurs conclusions tend plus nettement à un emploi économe des prérogatives de l'administration. Pour être conçues comme autant de garanties nécessaires à l'administration, les protagonistes ne perdent pas de vue que ces prérogatives rendent les opérations de travaux publics plus périlleuses pour les entrepreneurs. Paradoxalement, un excès de ces précautions fait d'une opération d'industrie une spéculation financière, car ne s'y risquent que des entrepreneurs peu scrupuleux. Ainsi la commission extraparlamentaire du 1895²⁰ énonce-t-elle dans son rapport – à propos des clauses pénales :

L'administration aurait (...) avantage à supprimer les clauses de style rigoureuses qui ne seraient que des formules comminatoires n'étant jamais appliquées dans la pratique. Il est toujours fâcheux que les conditions d'un traité soient acceptées avec l'espoir plus ou moins fondé que l'exécution n'en sera pas exigée. L'idée que ces conditions ne sont pas absolues et qu'il sera possible d'y échapper ne peut que favoriser les tentatives des entrepreneurs les moins recommandables au détriment des plus consciencieux²¹.

Au sujet des clauses résolutoires, elle salue dans le même sens les efforts de l'administration pour en clarifier l'application, tout en l'invitant à en diminuer le nombre pour faire montre de moins de sévérité à l'égard des entrepreneurs :

Dans tout contrat synallagmatique, la condition résolutoire est toujours sous-entendue pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera pas son engagement. C'est là un principe de droit commun applicable aux marchés comme à toute autre convention. L'administration a cru néanmoins devoir indiquer dans ses cahiers des charges différents motifs de résiliation des marchés.

C'est là une mesure de précaution qui précise les droits de l'État et évite les difficultés d'un débat sur l'importance réelle du manquement aux

¹⁸ Celui-ci a été consulté avant chaque révision du cahier des clauses et conditions générales : *cf.* ses avis du 6 août 1866 et 25 juin 1890.

¹⁹ La première de ces trois commissions fait contraste avec les deux autres. Instituée par un arrêté ministériel du 29 octobre 1885, elle fut uniquement composée d'inspecteurs généraux des ponts et chaussées. Elle rendit un rapport le 19 juillet 1886 (inédit).

²⁰ Il s'agit d'une commission extraparlamentaire, instituée par le décret du 12 octobre 1895 (*Journal officiel* 1895 (13 octobre), n° 278, p. 5949). Les motifs de ce texte indiquent assez bien les intentions qui ont présidé à sa création et les préoccupations qui l'ont suscitée : « *L'industrie s'est plainte à plusieurs reprises que la complication des cahiers des charges d'adjudications et marchés faits par les administrations publiques apportât des entraves à la bonne exécution des fournitures et ne permît pas à un grand nombre de nos établissements industriels d'y concourir* » (*ibid.*). Elle fut placée sous la présidence du sénateur Ernest BOULANGER.

²¹ BOULANGER Ernest (président), Rapport au ministre des finances [au sujet des adjudications de l'État], in *Journal officiel* 1898 (17 mars), n° 75, p. 1651 (précisons que le mosellan Ernest BOULANGER ne doit pas être confondu avec le breton Georges BOULANGER dont la carrière politique a été aussi fugace que retentissante en donnant lieu au boulangisme).

engagements. Elle n'est donc pas sans avantage, mais il y aurait aussi des inconvénients sérieux à ce que la résiliation du marché pût être prononcée trop facilement et que l'entrepreneur ne fût pas suffisamment assuré de la stabilité de son traité. (...) Les clauses qui ne font que rappeler la règle de droit commun devraient disparaître comme inutiles. Celles qui auraient un caractère de rigueur trop marqué ou seraient de nature à autoriser des mesures arbitraires seraient également à abandonner²².

- 361.** Les préconisations ne tendent pas à favoriser les entrepreneurs, mais à définir les termes d'une collaboration plus intelligente, c'est-à-dire plus économique pour un État qui souffre indirectement de la rigueur dont il fait preuve vis-à-vis de ses entrepreneurs et fournisseurs. Cela ressort avec la même acuité des circonstances qui ont mené à l'institution d'une commission interministérielle en 1910²³. Celle-ci défendit des conclusions analogues :

[La dite commission] est (...) unanime à reconnaître que d'une manière générale, il y a tout intérêt, non seulement pour les entrepreneurs et fournisseurs, mais encore pour l'État, à éviter d'insérer dans les cahiers des charges des conditions mal définies, qui peuvent donner prise à l'arbitraire, ou des conditions aléatoires qui empêchent le soumissionnaire de se rendre compte de l'importance des obligations qu'il contracte.

Des conditions de cette nature présentent le double inconvénient, d'une part, d'écarter certains concurrents sérieux, (...) et d'obliger les autres à proposer des prix majorés en tenant compte des risques à courir ; d'autre part, de donner lieu, le plus souvent, dans l'exécution, à des difficultés dont l'État peut avoir à supporter les conséquences²⁴.

Ces conclusions semblent avoir influencé l'administration, en témoigne une circulaire du ministre des travaux publics – Louis PUECH – où il y exprime son adhésion²⁵. Sous l'influence d'un syndicalisme patronal pressant et malgré l'attitude récalcitrante de l'administration des ponts et chaussées (au moins dans les premières décennies de cette évolution), l'État tendit par des réformes successives du cahier des charges à stipuler la liberté de l'administration dans ses rapports avec les entrepreneurs, plutôt que de lui supposer un pouvoir directeur trop large. Il fut question d'explicitier les droits et obligations respectifs des parties, c'est-à-dire à contractualiser le pouvoir de sujétion de l'administration en lui assignant un cadre plus étroit. À ce point qu'en

²² *Id.*, p. 1651-1652.

²³ Il s'agit d'une commission, instituée par le décret du 22 juin 1908, où tous les ministères y furent représentés (*Journal officiel* 1908 (2 juillet), n° 178, p. 4435). Suite à de nombreuses adjudications restées infructueuses ou pour lesquelles les soumissionnaires ont avancé des contre-propositions trop onéreuses pour l'administration, le ministre des travaux publics – Louis BARTHOU – a pris l'initiative de créer une commission à qui fut confiée « la recherche des origines de la crise, de ses suites possibles ou probables et des mesures à prendre, s'il y a lieu, en vue d'atténuer les charges supplémentaires pour le Trésor public qui pourraient en être la conséquence » (*ibid.*). Placée sous la présidence du premier président de la Cour des comptes, Charles LAURENT, elle rendit un rapport le 11 juin 1909 (inédit au *Journal officiel*).

²⁴ ALEXANDRE Paul (rapporteur), *Rapport de la commission interministérielle des marchés de travaux publics* [11 juin 1909], Paris, Imprimerie nationale, 1909, p. 54.

²⁵ Instructions concernant la rédaction des projets, la passation des marchés et l'exécution des travaux (30 décembre 1910), in *Recueil de lois... concernant les services dépendant du ministère des travaux publics*, op. cit., XIX (2^e série), p. 651.

1897, Maurice HAURIOU put rapprocher le cahier des clauses et conditions générales des ponts et chaussées d'un « *petit code des travaux publics* »²⁶. Les rapports contractuels de l'État ne doivent pas être systématiquement vus comme confrontant deux sortes d'intérêts antagonistes. La rigidité des règles en la matière participe de cette nécessité à laquelle l'État est confronté de veiller à un emploi efficient des deniers publics par les administrations contractantes²⁷. En outre, il s'évertua à s'assurer la confiance des entrepreneurs pour obtenir des prestations moins onéreuses. C'est ce vers quoi tendirent les révisions des cahiers des charges. Ainsi s'est-il agi de rationaliser les rapports contractuels, c'est-à-dire d'attribuer aux agents administratifs des prérogatives qui fussent absolument impérieuses à leur office, sans craindre qu'en étant inutiles, elles leur permettent de faire subir aux entrepreneurs des vexations. À un point de vue économique, l'incertitude liée à une rédaction des cahiers des charges offrant trop de latitude aux agents administratifs se répercutait sur le prix des soumissions.

362. Des cahiers des charges vertement critiqués. – La doctrine administrative ne s'est pas désintéressée de ces difficultés. Dans les années 1880, Albert CHRISTOPHLE – qui avait été ministre des travaux publics peu avant – appela de ses vœux l'intervention du législateur pour « *rég[er] d'une manière plus conforme à la justice le pouvoir que l'Administration s'arroe* »²⁸ dans ses rapports avec les entrepreneurs. Ce n'est plus d'un contrôle des ministères sur leurs services dont il est question, mais du législateur sur le gouvernement. Cela donne une idée des résistances qui pouvaient se faire au sein même de l'administration.

La lecture de ces cahiers révèle trop clairement l'absence du contrôle législatif. Rédigés par l'Administration elle-même, ils contiennent encore même dans leur état actuel, et malgré les progrès accomplis, des dispositions exorbitantes, contraires à la justice et à l'équité. La situation de l'entrepreneur est telle, dans certains cas, que s'il a à lutter contre le mauvais

²⁶ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Ville de Paris* (C.E., 25 janvier 1895) [1896], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, Sirey, 1929 (3 vol.), t. 3, p. 430.

²⁷ Nous en avons recueilli une illustration, avec une proposition de loi déposée en 1909 et tendant « à organiser une responsabilité spéciale des fournisseurs de l'État et des fonctionnaires chargés de la préparation des marchés et de la réception des travaux et fournitures pour le compte de l'État » (*Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1909, p. 1393 (annexe n° 2738 ; séance du 27 juillet 1909)). Dans l'exposé des motifs, les députés se désespèrent que « dans presque tous les services de l'État, et plus particulièrement dans les administrations de la guerre et de la marine, le contrôle des dépenses, surtout en matière de fournitures et de travaux, n'offre aucune espèce de garantie aux contribuables français dont les sacrifices énorme méritent cependant d'être plus utilement et plus scrupuleusement employés. La cause profonde du gaspillage lamentable des deniers publics semble résider dans l'absence de toute responsabilité personnelle sérieuse, à la fois pour les fournisseurs et les fonctionnaires de l'État, malgré les clauses pénales des marchés et les textes du code pénal, insuffisant et souvent inappliqués » (*ibid.*).

²⁸ CHRISTOPHLE Albert & AUGER Paul, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, Marescq aîné, 1889-1890 (2^e éd., 2 vol.), t. 2, p. 751.

vouloir des agents administratifs, sa ruine est certaine et inévitable. Ceci n'est pas une exagération²⁹.

En réalisant une étude comparative entre les cahiers de 1833, 1866 et 1892, un docteur – Paul VEYSSEYRE, avocat et futur député – ne fut pas plus clément dans son appréciation. Et de conclure à l'improbabilité d'une réforme qui se fit dans le sein de l'administration :

Il nous semble que la matière devrait être législativement révisée (...) ; car il est illusoire de compter sur l'esprit réformateur d'une administration essentiellement traditionnelle³⁰.

Ses travaux de thèse l'ont conduit à mettre en exergue cette évolution dont nous parlions, et qui tendit à régulariser par la norme contractuelle le commerce juridique des administrations avec ses entrepreneurs. Ce faisant, l'auteur indique que pour avoir toujours été qualifiés de contrats, les marchés administratifs n'ont pas toujours organisé des relations du même ordre. L'attention que les administrativistes de cette époque mirent à les présenter comme des conventions fut moins un pis-aller qu'une démarche volontariste pour les inscrire dans un modèle dont ils reçurent l'empreinte.

Nous avons eu l'occasion de dire maintes fois (...) la rigueur du cahier de 1833.

Nous avons montré à quel point de vue peu juridique il se plaçait, en imposant à l'entrepreneur des clauses, qui le mettaient vis-à-vis de l'Administration, dans un état d'infériorité et de dépendance. (...)

Cette méconnaissance du caractère synallagmatique du contrat de marché, nous paraît provenir d'une confusion fâcheuse entre deux qualités bien distinctes de l'État, on pourrait dire entre les deux faces de sa personnalité : puissance publique et personnalité civile. (...) Le cahier de 1833 a l'aspect d'un règlement militaire, qui impose une consigne à un soldat, bien plus que d'une convention, qui détermine les rapports juridiques de deux contractants. (...)

Le cahier de 1866 a très heureusement modifié, dans le sens de l'équité et du droit commun, la rédaction de 1833. (...)

Ces réformes ont été introduites à la suite de considérations théoriques. (...) L'analyse de la double personnalité de l'État fut approfondie : on fit mieux le départ entre les prérogatives de la puissance publique et les droits de la personne civile. Le cahier de 1866 a donné satisfaction sur bien des points à de légitimes revendications. (...)

Aujourd'hui encore, l'application stricte des marchés amènerait fréquemment la ruine du constructeur. Ce sont en vérité de singulières conventions synallagmatiques, que celles-là !³¹

Cette thèse présente le mérite d'argumenter minutieusement une opinion qui à force d'être trop souvent énoncée sans être beaucoup explicitée, semble participer d'une antienne libérale. À savoir la soumission des marchés administratifs au droit

²⁹ *Ibid.*

³⁰ VEYSSEYRE Paul, *Étude critique des divers cahiers des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs par l'administration des ponts et chaussées (rédictions de 1833, 1866, 1892)*, Paris, Rousseau, 1899 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par WEISS, professeur de droit civil), p. 357.

³¹ *Id.*, p. 353-357

commun.

Nous croyons, quant à nous, que l'intérêt public serait mieux défendu par le droit commun et nous avons dit pourquoi en jugeant la rédaction de 1833³².

363. Une doctrine praticienne soucieuse de rapprocher, sinon de soumettre les marchés administratifs au droit civil. – Aux critiques touchant à la sévérité des stipulations insérées dans les marchés administratifs, répondait une conception doctrinale peu encline à les présenter comme des actes naturellement attachés au droit administratif. L'opinion de l'avocat général DESJARDINS, suivant qui « *il n'y a point, à proprement parler, de contrats administratifs, parce qu'un pareil adjectif ne saurait accompagner un pareil substantif !* » ; mais « *seulement des contrats qui, par la volonté expresse et omnipotente du législateur, sont dans des cas spéciaux, soustraits aux tribunaux de droit commun* »³³, exprime d'une manière, certes exacerbée, une opinion vraisemblablement courante. La doctrine administrative du second XIX^e siècle ne s'est jamais justifiée la compétence administrative pour les marchés, autrement que par l'existence de dérogations légales. Sans verser dans la dogmatique, nombre d'administrativistes – souvent avocats aux Conseils – reconnurent aux marchés une certaine perméabilité avec les dispositions du code civil. Tels PÉRIER³⁴, GAUTIER & JOUVE³⁵, PERRIQUET³⁶ – pour les marchés spécialement – ; CHRISTOPHLE³⁷, AUCOC³⁸, voire même ENOU³⁹ – pour les travaux publics en général. Pour n'en citer qu'un exemple :

Le marché de travaux publics est soumis aux règles du droit civil. Ces règles lui sont, suivant nous, pleinement applicables, toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé, soit par des lois spéciales ou des règlements ayant force de loi, soit par la convention. C'est donc dans le Code civil, principalement dans le titre des Contrats et obligations, et dans celui du louage, qu'il faudra chercher les principes de droit à l'aide desquels devront être résolues les questions auxquelles les marchés de travaux publics pourraient donner lieu, et qui n'auraient pas été prévues soit par des lois spéciales, soit par les cahiers des charges⁴⁰.

³² *Id.*, p. 357. Cf. aussi le chapitre où il envisage la compétence des conseils de préfecture (*id.*, p. 345 *sq.*). Il y critique cette juridiction exceptionnelle, qu'il ne s'explique que par des « *considérations de fait, de pures contingences* » (*id.*, p. 347).

³³ DESJARDINS Arthur, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Procureur général près la Cour de cassation c. GARNIER* (Civ., 10 décembre 1878), in *Dalloz* 1879. 1. 116.

³⁴ Cf. PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures* (1876).

³⁵ Cf. GAUTIER Alfred & JOUVE E., *Traité pratique du marché de travaux publics* (1881).

³⁶ En sus de son ouvrage précité sur les contrats de l'État (1884), cf. son *Traité théorique et pratique des travaux publics* (1883, 2 vol.).

³⁷ Cf. CHRISTOPHLE Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics* (1862). La seconde édition a été réalisée par Paul AUGER, avocat aux Conseils (1889-1890).

³⁸ Cf. AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif* (1869-1876, 3 vol.). Deux autres éditions ont suivi.

³⁹ Cf. ENOU Louis, *Traité théorie et pratique de droit administratif* dont seul est paru le premier tome (1903), consacré aux travaux publics (avec le concours des avocats PICARD & VEUILLET).

⁴⁰ CHRISTOPHLE Albert & AUGER Paul, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, *op. cit.* (2^e éd.), t. 1 (1889), p. 268. Le contraste qui se fait avec la première édition (1862) est éloquent. Rien de ce qu'évoque

Sans représenter un corps d'opinions rigoureusement semblables, ces auteurs admettent sans équivoque la complémentarité du droit civil dans l'identification des règles applicables aux marchés administratifs. Selon d'aucuns, le biais auquel se prêtent les cahiers des clauses et conditions générales ne peut trouver de remède que dans « *l'application des règles du Code civil aux marchés de l'État comme elle existe pour les marchés des particuliers* »⁴¹. L'avocat Alfred DOUSSAUD indique clairement son dessein – qui est celui de « *préciser les critiques que [ledit cahier] soulève et [de] formuler les réformes à y apporter, tout en respectant les droits de l'État, donnant satisfaction à ceux non moins respectables des adjudicataires et en se basant sur le droit commun, les règles les plus élémentaires des contrats synallagmatiques et commutatifs et le principe d'éternelle équité* »⁴². Le droit civil est présenté comme le moyen de contrecarrer les vices dont sont affectés lesdits cahiers, en soustrayant purement et simplement à une logique administrative les relations contractuelles de l'administration, pour les rapporter à la mesure des relations analogues entre particuliers. Cette solution ne consiste pas à ramener au code civil des contrats qui n'auraient jamais dû y échapper ; mais de l'imposer à ces contrats, comme une option dont le sens procède avant tout de sa valeur contemporaine.

364. Nous ne souhaitons pas opposer deux modèles qui se fissent face, celui de la doctrine universitaire et celui de la doctrine praticienne. Néanmoins, il nous semble possible de déceler dans celle-ci un volontarisme pragmatique qui accuse, tout en l'amplifiant, cette évolution par laquelle l'administration assouplit ses relations avec les entrepreneurs en intégrant avec plus d'intelligence la sauvegarde de leurs intérêts dans ces opérations⁴³. Sans beaucoup discuter de l'opportunité de la compétence administrative, ces administrativistes se sont efforcés de rapprocher les régimes juridiques des marchés du droit commun. La distinction opposant marchés de travaux publics et marchés de fournitures n'invalide pas cette disposition d'esprit. Il y a – de ce point de vue – une différence notable entre la définition du marché de fournitures donné par un avocat aux Conseils, et celle du président LAFERRIÈRE⁴⁴.

la citation reproduite ne s'y trouve encore, laissant imaginer la vigueur et la rapidité avec laquelle ces idées ont infusé la doctrine administrative à partir des années 1860.

⁴¹ DOUSSAUD Alfred, *Les nouvelles clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des ponts et chaussées (cahier du 16 février 1892), commentées et appliquées avec un projet de révision*, Paris, Chevalier-Marescq & C^{ie}, 1903, p. 16.

⁴² *Id.*, p. 2.

⁴³ Albert CHRISTOPHLE, auteur du *Traité théorique et pratique des travaux publics* (précité) fut ministre des travaux publics entre 1876 et 1877. Il mit à contribution cette courte période pour infléchir en ce sens les relations contractuelles de l'administration – en témoigne la circulaire précitée du 14 avril 1877.

⁴⁴ Les marchés de fournitures de l'État semblent davantage résister à cette évolution des pratiques contractuelles. Il est édifiant de confronter PERRIQUET, avocat aux Conseils – à LAFERRIÈRE, président du Conseil d'État – lesquels ont tous deux écrit dans les années 1880. Selon le premier, « *les effets généraux du marché, comme les obligations respectives du fournisseur et de l'État, sont déterminés par le cahier des charges qui, d'ordinaire, entre dans les plus grands détails ; subsidiairement, par les règles du Code civil sur la vente, admises d'une manière générale par la jurisprudence du Conseil d'État* » (*Les contrats de l'État. Traité comprenant notamment les règles en*

En ce sens, nous n'adhérons pas à l'opinion du professeur PLESSIX, selon qui la « science du droit des contrats administratifs au XIX^e siècle » n'existant pas, il ne saurait y avoir eu d'« inféodation du droit administratif au droit civil »⁴⁵. Sans affirmer le contraire, nous pensons plutôt qu'au cours du second XIX^e siècle, le droit civil a été graduellement érigé comme un modèle mobilisable dans le silence des cahiers des charges. Ceux-ci furent conçus comme l'expression scripturaire des prérogatives de l'administration, induisant la pénétration des normes civilistes là où cela ne soulevait aucune contrariété. S'il est plus souvent question des prérogatives exorbitantes de l'administration dans la littérature administrative de cette époque, ce fut moins pour les célébrer que pour mieux circonscrire les manifestations de la puissance publique, dérogoires aux principes du droit civil. Pareillement, nous ne nous associons pas à l'appréciation du professeur KALFLÈCHE qui s'est spécialement attardé sur les marchés de travaux publics. Les recherches qu'il a conduites sur les origines d'un droit des marchés ont tendu à souligner une catégorie de contrats qui fût spécifique des contrats du droit privé⁴⁶. À notre sens, porter son attention sur *un* droit des marchés de travaux publics, c'est projeter en arrière une cohérence qui n'en était pas une au XIX^e siècle. C'est donc s'exposer à se rendre moins sensible à la manière dont les contrats de l'administration ont été compris par des administrativistes, alors que leurs préoccupations différaient profondément des nôtres. La manière de penser les clauses exorbitantes telle que nous l'avons esquissée peu avant est assez prégnante dans les thèses de doctorat de la Belle Époque. C'est la raison pour laquelle nous nous décidons à les étudier de près.

matière de ventes domaniales, ventes des coupes de bois de l'État, fournitures et marchés, concessions de mines, concessions sur les cours d'eau, état des fonctionnaires, militaires et marins, pensions civiles, militaires et de la marine, récompense nationales, légion d'honneur, etc., etc., Paris, Marchal, Billard & C^{ie}, 1884 (1^{re} éd.), p. 142). Tandis que suivant le second : « Dans le silence du cahier des charges, les principes généraux sont applicables, parce qu'ils édictent des règles de justice et de raison qui dominant tous les contrats. (...) Mais il n'en est pas de même des dispositions édictées par le Code civil aux titres de la vente ou du louage, par le Code de commerce aux titres des transports, des affrètements, des avaries, etc. ; ces dispositions créent des types de contrats civils ou commerciaux, mais non des types de contrats administratifs ; aussi ne sont-elles pas applicables de plein droit dans le silence du marché. La vérité est que le marché de fournitures et son cahier des charges forment un contrat sui generis, réputé complet par lui-même, qui emprunte au droit civil ou commercial les dispositions qu'il croit bonnes, néglige les autres, et n'est pas présumé accepter celles qu'il passe sous silence » (Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, Berger-Levrault & C^{ie}, 1887-1888 (1^{re} éd.), t. 2, p. 135-136 ; la rédaction est identique dans la seconde édition).

⁴⁵ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 734.

⁴⁶ KALFLÈCHE Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, 2004 (thèse dactylogr., université Panthéon-Assas), p. 54-55.

Section 2. – L'enjeu d'une qualification : distinguer les clauses exorbitantes pour rapprocher tendanciellement les marchés des contrats du code civil

365. Les marchés administratifs : un sujet récurrent de la littérature doctorale de la

Belle Époque. – Les thèses de doctorat ont largement assimilé cette problématique.

Insistons-y : nous n'affirmons en rien qu'il y eût subitement un emprunt systématique au droit civil pour la définition des marchés de l'administration. La démarche doctrinale dont il est question, plus ou moins marquée selon les auteurs, doit d'ailleurs être rapprochée des doctrines qui invitent à soumettre purement et simplement les contrats de l'administration à la juridiction judiciaire. Elle participe, en quelque sorte, d'une gradation parmi un spectre d'opinions qui s'essayent à proportionner avec mesure le contrôle de l'administration sur ses contractants. Seulement, les réformes successives des cahiers des clauses et conditions générales, ainsi qu'une référence plus fréquente au droit civil dans les définitions doctrinales des marchés de l'administration, nous laissent penser que la « civilisation » de ce commerce juridique a contribué à métamorphoser la manière de se les représenter. D'autant plus qu'à partir des années 1870, avec un auteur comme Arsène PÉRIER, les marchés de l'administration sont devenus l'objet d'une préoccupation doctrinale plus approfondie. Ce faisant, ils sont présentés comme un sujet à part entière – au lieu d'être systématiquement inféodés aux travaux publics – et la récurrence des études s'y rapportant en ont fait incidemment un champ spécifique de la science du droit administratif. En considérant seulement les thèses entreprises depuis la fin du XIX^e siècle jusqu'aux années 1910, nous avons recensé une quinzaine de titres qui intéressent de loin ou de près les marchés de fournitures et de travaux publics⁴⁷. Parmi celles-ci, nous en écartons quelques-unes qui traitent des marchés du point de vue de la politique sociale du gouvernement⁴⁸, de l'économie politique⁴⁹, ou qui en traitent sous un aspect trop particulier⁵⁰. La demi-douzaine restante corrobore notre précédente analyse⁵¹.

⁴⁷ Ce recensement a été effectué à partir de la base de recherche de la B.N.F. et de la bibliothèque Cujas.

⁴⁸ Nous pensons aux thèses qui ont traité des stipulations insérées au profit des employés des entrepreneurs. Cf. celles de Henri BAZIRE (*Des conditions du travail imposées aux entrepreneurs dans les adjudications de travaux publics*, 1898), Adolphe OUBERT (*Des conditions du travail dans les adjudications de travaux publics*, 1900), Maurice LOUVARD (*La protection des salaires dans les marchés de fournitures et de travaux publics*, 1901), R. COURRÈGELONGUE (*Des conditions du travail dans les marchés de travaux publics en France*, 1902), A. MABARET DU BASTY (*Les conditions du travail dans les contrats de travaux publics : les décrets du 10 août 1899*, 1907), Jean LINET (*Conditions du travail sur les chantiers des ponts et chaussées*, 1911). En outre – l'ouvrage d'Alfred DOUSSAUD (*Les conditions du travail dans les marchés de travaux publics*, 1909),

⁴⁹ Nous pensons à la thèse de Tony PERRIN (*Les fournitures directes des cultivateurs à l'administration militaire*, 1903).

⁵⁰ Nous pensons à la thèse de Marcel FERRUS (*Le comité consultatif de règlement amiable des entreprises de travaux publics et des marchés de fournitures*, 1914). Ou encore à celle d'Albert BERTIN (*Des marchés de fournitures des chemins de fer de l'État*, 1913), laquelle porte sur une activité industrielle de l'État et reconnue en tant que telle par les textes législatifs et réglementaires.

⁵¹ Il s'agit des thèses de : Joseph-Georges AUGIER (*Des marchés de travaux de la guerre*, 1895), Joseph

366. Les thèses de doctorat retenues nous donnent une idée quant à la manière dont les administrativistes de cette époque percevaient l'évolution du droit des marchés administratifs *via* les cahiers des clauses et conditions générales. L'une d'entre elles est emblématique à cet égard, ne fût-ce que par le cadre de son étude : *Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*. Son auteur – André BÉNARD – admet sans conteste l'exorbitance de certaines prérogatives de l'administration, particulièrement la mise en régie et la résiliation dans l'intérêt de l'administration. Ces singularités se prêtent même à justifier la compétence administrative, lorsque d'autres invoquent plus classiquement l'existence d'un texte en ce sens.

On a craint de soumettre l'administration en ce qui concerne l'exécution des travaux publics aux juges de droit commun peu familiers avec les usages de l'administration, trop disposés par leur habitude d'appliquer les règles du droit civil à juger exorbitantes les clauses des cahiers des charges qui donnent à l'administration les pouvoirs nécessaires pour gouverner les travaux au mieux des intérêts généraux et, par conséquent, à en restreindre les effets⁵².

C'est souvent en s'appuyant sur l'autorité parfois dévoyée – ou mésinterprétée – d'Édouard LAFERRIÈRE, que ces docteurs attribuent aux marchés administratifs une *nature* spécifique. Le discours doctrinal récurrent est celui-ci : ces marchés sont ceux qui font corps avec le cahier des clauses et des conditions générales, lequel attribue à l'administration contractante des prérogatives exorbitantes du droit commun. D'aucuns – en ayant sûrement à l'esprit la littérature qui s'est entretenu développée sur les contrats d'adhésion – notent l'absence d'aucune négociation avant la passation du contrat : « *Cette liberté de conventions n'existe pas, et l'administration elle-même, mise au service de l'intérêt général, est tenue par les termes du cahier des clauses et conditions générales et autres textes* »⁵³. Dit autrement, « *la suprématie de l'administration s'affirme, car seule, elle rédige les pièces du marché, et l'entrepreneur ne peut en discuter les termes ; elles lui sont offertes telles qu'elles sont, à lui s'il veut travailler pour l'administration de s'y soumettre, d'y adhérer sans discussion* »⁵⁴. Tous nos auteurs reconnaissent que le cadre contractuel de ces conventions est prédéfini par des textes réglementaires qui échappent à la discrétion même de l'administration contractante⁵⁵.

BRESSOT (*Des marchés de fournitures passés avec l'État*, 1895), André BÉNARD (*Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, 1897), Pierre-Armand-Auguste VIDAL (*Les marchés de fourniture du département de la Guerre*, 1903), Léon TARDY (*Les marchés de livraison du service des subsistances militaires*, 1909), Gabriel VERZEAUX (*Marchés relatifs aux subsistances militaires*, 1911), André LEGROS (*Formation et résolution du marché de travaux publics*, 1912), Albert BERTIN (*Des marchés de fournitures des chemins de fer de l'État*, 1913).

⁵² BÉNARD André, *Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, Paris, Larose, 1897 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par MICHEL, professeur de droit administratif), p. 454-455.

⁵³ LEGROS André, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, Paris, Larose & Tenin, 1912 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par BERTHÉLEMY, professeur de droit administratif), p. 26.

⁵⁴ *Id.*, p. 23.

⁵⁵ En plus de la thèse précitée d'André LEGROS, cf. en ce sens les thèses de : Joseph-Georges AUGIER (*Des marchés de travaux de la guerre*, 1895), Joseph BRESSOT (*Des marchés de fournitures passés avec l'État*, 1895), André BÉNARD (*Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, 1897), Pierre VIDAL (*Les*

367. L'enjeu de cette littérature doctorale : expliciter la nature des marchés administratifs. – Selon quelques auteurs, les marchés de l'administration « *ne sont (...) pas des contrats entièrement assimilables à ceux du droit commun, ce sont des contrats sui generis, dans lesquels l'État conserve vis-à-vis de l'entrepreneur certains droits de puissance publique* »⁵⁶. C'est précisément sous ce point de vue que leur nature fut conçue :

L'administration contracte des obligations qui constituent des droits pour l'entrepreneur mais elle ne peut pas se lier à moins d'aliéner son autorité, pour l'exécution des travaux, puisqu'elle est avant tout au service de l'intérêt général, elle sauvegarde ses prérogatives en insérant dans le cahier des clauses et conditions générales, des clauses qui dépassent les droits des particuliers d'après le Code civil⁵⁷.

Cette présentation des choses ne doit pas être sur-interprétée en étant comprise comme les prémices d'une conceptualisation du contrat administratif. La locution « contrat administratif » est souvent utilisée. Et pourtant ces administrativistes ont moins relevé leur caractère spécial comme pour en sublimer l'essence, que pour en noter l'érosion par un rapprochement avec le droit civil. Maurice HAURIOU lui-même le notait dans les premières éditions de son *Précis de droit administratif*, avant de se raviser quelques années plus tard lorsqu'il développa sa théorie de la gestion administrative⁵⁸ : « *Les droits de puissance publique ont une tendance à s'atténuer d'une façon constante ; de telle sorte que sur une matière donnée on peut assister à un glissement vers les règles du droit privé* »⁵⁹. Dans une thèse assez remarquable, son auteur conjecture l'assimilation progressive des marchés administratifs aux contrats du droit commun :

Règles particulières du droit administratif, clauses exorbitantes du droit commun dans les conventions, tout cela constitue des anomalies regrettables dans les marchés de travaux militaires, anomalies qui disparaîtront avec le temps ; la logique, les intérêts de l'État bien compris et l'équité finiront par soumettre ces contrats aux règles du droit commun. (...)

marchés de fourniture du département de la guerre, 1903) et Gabriel VERZEAUX (*Marchés relatifs aux subsistances militaires*, 1911).

⁵⁶ AUGIER Joseph-Georges, *Des marchés de travaux de la guerre*, Paris, Larose, 1895 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par MICHEL, professeur de droit administratif), p. 12.

⁵⁷ LEGROS André, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, *op. cit.* (1912), p. 27.

⁵⁸ Dans les trois premières éditions de son précis, c'est-à-dire avant que Maurice HAURIOU n'intègre à la quatrième (1900-1901) sa théorie de la gestion administrative (cf. *La gestion administrative*, 1899), il développait une théorie des actes de l'administration dont il s'est d'ailleurs assuré une large publicité en la faisant publier dans la *Revue générale d'administration* (« L'administration et les actes d'administration », in *R.G.A.* 1891, II, p. 257 et 420). En voici un extrait pertinent : « *Dans nombre d'actes de gestion, ceux qui sont en même temps actes de puissance publique, la volonté administrative garde un caractère impérieux. Dans les contrats administratifs, les personnes administratives ont toujours quelque privilège singulier qui empêche l'égalité complète des parties. (...) Il faut voir là des anomalies qui disparaîtront avec le temps. La logique finira par ramener tous les actes de gestion à la pure notion contractuelle, et à celle d'actes de personne privée* » (*Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 1892 (1^{re} éd.), p. 168). Cela étant, il admet sans conteste la spécialité du marchés de fournitures, qu'il définit comme « *un contrat spécial qui a ses règles à lui ; (...) il doit s'inspirer des règles générales des contrats, mais (...) il ne faut point lui étendre par analogie les règles des contrats spéciaux du Code civil ou du Code de commerce qui présenteraient avec lui quelque parenté* » (*id.*, p. 666).

⁵⁹ *Id.*, p. 406.

La tendance du Conseil d'État est manifeste, les droits de puissance publique et les clauses exorbitantes du droit commun doivent être réduites au minimum compatible avec l'intérêt public⁶⁰.

Suivant Édouard LAFERRIÈRE, les marchés tels qu'ils se présentaient au travers des cahiers des charges, se suffisaient à eux-mêmes sans qu'il fût possible (ni nécessaire) de puiser dans le droit commun⁶¹. À l'inverse, nombreux ont été ceux qui admirent – voire suggérèrent – la perméabilité du droit civil toutes les fois où les clauses desdits cahiers ne soulevaient aucune contrariété. Tels Joseph AUGIER⁶² et Joseph BRESSOT⁶³ en 1895 ; André BÉNARD en 1897⁶⁴ ; ou de manière plus éloquente encore, André LEGROS en 1912, pour qui « *il est bien certain qu'à défaut de stipulations spéciales, le droit commun devra s'appliquer* »⁶⁵. Celui-ci relève d'ailleurs cet infléchissement par le biais duquel les singularités de ces marchés s'amenuisent *via* une idée bien comprise que l'administration se fait de ses intérêts.

Les prérogatives de l'administration qui étaient exagérées dans les premiers cahiers se sont atténuées, en même temps que se développait le sentiment du droit de l'entrepreneur mis en face de l'administration, et il y a lieu d'espérer que le respect de ce sentiment nous conduira à la lisière du droit commun⁶⁶.

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas outrer ce qui sépare le président LAFERRIÈRE – encore qu'il ne soit pas le seul – de ces docteurs précités. Le premier admettait l'application des principes généraux des contrats aux marchés de fournitures, dans le silence du cahier des charges. Il cautionne l'application des dispositions du code civil relatives au droit général des obligations, et rejette l'application de celles qui sont relatives à des contrats spéciaux du droit privé. Ces marchés lui paraissaient relever d'un genre particulier, absolument imperméable aux dispositions particulières des codes civil et du commerce – sauf à ce qu'elles fussent intégrées formellement au cahier des charges. Ce qui différencie ces auteurs, c'est plus fondamentalement l'état d'esprit de chacun, le premier exacerbant une opposition, lorsque les autres aménagent une perspective de rapprochement, voire de fusion par l'absorption des marchés administratifs aux contrats du droit privé. S'ils sont rares à défendre cette

⁶⁰ AUGIER Joseph-Georges, *Des marchés de travaux de la guerre*, *op. cit.* (1895), p. 12-13. C'est l'un des axes de son analyse. Plus loin à propos de la compétence, il écrit : « *Si la compétence des tribunaux de droit commun ne doit pas présenter d'inconvénients, pourquoi ne pas l'adopter ? Nous avons dit que le marché de travaux militaires devait tendre vers un contrat de droit commun. Cette assimilation si désirable au point de vue des intérêts pécuniaires de l'État se produirait bien plus facilement le jour où les contestations qui peuvent s'élever entre les deux parties contractantes seraient de la compétence de la juridiction civile* » (*id.*, p. 218).

⁶¹ Cf. LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1888), p. 132 *sq.*

⁶² *Id.*, p. 8 *sq.*

⁶³ BRESSOT Joseph, *Des marchés de fournitures passés par l'État et plus spécialement des marchés de fournitures passés par l'administration de la guerre*, Montpellier, Imprimerie Ricard, 1895 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier ; présidée par BRÉMOND, professeur de droit administratif), p. 30 *sq.*

⁶⁴ BÉNARD André, *Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, *op. cit.* (1897), p. 73 *sq.*

⁶⁵ LEGROS André, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, *op. cit.* (1912), p. 27-28.

⁶⁶ *Id.*, p. 28.

dernière option, tous présentent l'évolution du droit en la matière, comme décrivant une courbe asymptotique qui se rapprocherait tendanciellement du droit civil. Du reste, le président LAFERRIÈRE poursuit un dessein spécifique qui le distingue des docteurs précités, obligeant à prendre des précautions en les rapprochant tous. Tandis que les seconds portent spécialement leur attention sur les marchés de l'administration, le premier en traite à propos de la compétence. Aussi insiste-t-il sur leurs singularités, afin de justifier la compétence administrative qui ne s'impose pas d'elle-même.

- 368. La nature ambivalente des marchés administratifs : une conséquence de la normalisation des cahiers des clauses.** – Pour mieux saisir la pertinence des thèses précitées, il faut se représenter ceci : elles n'ont pas tendu à récupérer pour le droit commun des contrats dont ils étaient admis qu'ils participassent d'un genre distinct des contrats privés – ne fût-ce qu'au regard de la compétence administrative. D'un autre côté, il serait erroné de penser qu'ils se fussent opposés à une doctrine qui eût conçu les contrats administratifs comme nous les concevons aujourd'hui. D'après une opinion unanimement partagée, il n'y a de marché de fournitures que ceux pris sur la base d'un cahier des charges. Ainsi d'après Édouard LAFERRIÈRE :

On ne doit pas qualifier de marché toute opération faite par l'État pour subvenir aux besoins d'un service public. (...)

Pour qu'il y ait marché, dans le sens du décret de 1806, il faut qu'il intervienne entre l'administration et le fournisseur des conventions réglées par un cahier des charges, ou tout au moins par un contrat spécial résultant d'une adjudication ou d'un marché de gré à gré⁶⁷.

Pris en dehors de ce cadre – comme un contrat verbal par exemple –, le marché ne se prête plus à cette qualification : c'est-à-dire qu'il n'est plus un marché de fournitures au sens où l'admet le décret du 11 juin 1806⁶⁸. C'est en en rendant compte que d'aucuns notèrent l'exorbitance des relations contractuelles de l'administration. Aussi est-ce l'application du cahier des charges – contraignant pour l'adjudicataire comme pour l'administration contractante – qui emporte l'inégalité de ces rapports. Il faut se garder pourtant d'inférer, en voulant précipiter notre démonstration, qu'il y aurait eu là les prémices d'une conceptualisation du contrat administratif. S'ils présentent ces marchés comme des contrats *sui generis*, ces auteurs établissent une distance avec les contrats du droit commun pour mieux signaler le rapprochement qui s'opère entre eux par le biais des cahiers des charges dont le caractère exorbitant s'atténue. Qu'ils appellent de leurs vœux ou qu'ils pensent seulement pouvoir l'affirmer au vu du droit positif, ces auteurs s'accordent sur l'oblitération des singularités de ces marchés, dans un rapport où l'administration affirme avec moins de force la prévalence de sa

⁶⁷ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1888), p. 132-133.

⁶⁸ *A pari* : HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1892), p. 665.

situation sur ses contractants⁶⁹. Ce qui pour ces administrativistes fonde le caractère *sui generis* de ces marchés, c'est l'emprise des cahiers des charges sur la formation des relations contractuelles. Schématiquement, l'administration contractante est aussi contrainte que celui avec qui elle se lie⁷⁰. Quoique ces marchés soient des conventions⁷¹, ils sont tout à la fois conçus comme un vecteur *via* lequel l'administration supérieure assure un contrôle sur ses services, en leur définissant un cadre contraignant au sein duquel seulement ils peuvent satisfaire leurs besoins⁷².

- 369.** Ce que nous souhaitons faire apercevoir, c'est qu'en conditionnant la qualification de marché de fournitures, les cahiers des charges ont été employés à étayer deux perspectives doctrinales assez différentes l'une de l'autre. En négliger une reviendrait à biaiser notre approche historique du sujet. D'une manière qui nous surprend peu, des auteurs comme LAFERRIÈRE ou HAURIOU ont discerné à travers les cahiers des charges des expressions de la puissance publique. Tant et si bien que la nature des

⁶⁹ *A contrario*, cf. GRANIER Camille, « Le marché des services pénitentiaires », in R.G.A. 1894, II, p. 385 & 1894, III, p. 21. Son auteur – inspecteur général des services administratifs du ministère de l'intérieur – est dubitatif vis-à-vis des justifications soutenant l'assimilation des marchés pénitentiaires aux marchés de travaux publics. Nonobstant il se félicite « que la jurisprudence ait persisté à assimiler ce marché à un contrat connu de tous et dont le caractère est bien administratif, mais il eût été préférable qu'elle établît des règles d'interprétation particulières pour l'exécution d'un service tout spécial. On peut dire que la doctrine, par ses comparaisons du droit civil avec le droit administratif, des fonctions publiques avec le mandat, de la création des rentes avec le prêt et tant d'autres qui ne sont qu'ingénieuses, a faussé la vraie règle de la justice administrative au point de faire contester son utilité. Il est évident que, s'il ne s'agit que d'appliquer les articles du Code civil, les tribunaux de première instance et les cours d'appel sont aussi aptes à le faire que le Conseil d'État. Toutefois l'examen de la jurisprudence, qui éclaire les clauses du contrat dont il s'agit ici, permettra de démontrer que ce tribunal s'est le plus souvent gardé des assimilations avec les contrats ordinaires du Code civil » (*id.* 1894, II, p. 397-398). Plus loin dans le cours de son second article, il estime dans le même sens : « Il serait plus exact de prétendre que le marché dont il est question ici a un objet sans analogie dans le droit civil, le travail des détenus par exemple, et que la juridiction administrative démontre surtout sa nécessité en cherchant dans sa signification des contrats les règles de l'équité et la bonne exécution des services, en vue desquels ils ont été passés, laissant les principes d'interprétation du Code civil aux cours et tribunaux ordinaires » (*id.*, 1894, III, p. 42). À vrai dire, ces propos confirment notre analyse. La singularité que certains attachent aux marchés de l'administration s'associe souvent – pour ne pas dire toujours – à une certaine conception de la juridiction administrative, si bien que les thématiques se soutiennent solidairement. Pour ceux qui envisagent les marchés indépendamment de cette question, ils admettent plus volontiers les interactions avec le droit commun.

⁷⁰ André LEGROS insiste tout particulièrement sur cet aspect : le cahier des clauses et conditions générales « a un caractère réglementaire dans ce sens que ses prescriptions s'imposent aux divers services de l'administration qui l'a rédigé. Ses dispositions sont obligatoires à tous les degrés de la hiérarchie de cette administration, dont les agents ne peuvent, sans manquer à leur devoir professionnel, insérer ans un marché une dérogation aux clauses et conditions générales » (*Formation et résolution du marché de travaux publics*, *op. cit.* (1912), p. 24).

⁷¹ Suivant un raisonnement pas très original, certains préconisent de confier le contentieux des marchés de l'administration au juge judiciaire. Tel Joseph AUGIER, qui s'interroge si « dans les litiges relatifs aux marchés de travaux militaires, le juge a à connaître de l'intérêt public proprement ? N'a-t-il pas seulement à examiner si un entrepreneur est lié par telle ou telle clause de son traité, et s'il a exécuté le travail conformément aux stipulations du contrat ? La mission du juge civil, si on admettait sa compétence, serait bien entendu exclusivement limitée à l'appréciation des conventions acceptées par les parties contractantes, en un mot, à l'examen des matières contentieuses relatives à l'exécution des obligations réciproques résultant du marché » (AUGIER Joseph-Georges, *Des marchés de travaux de la guerre*, *op. cit.* (1895), p. 214).

⁷² C'est précisément sous cet aspect que Louis ROLLAND discute des « marchés de fourniture du ministère de la guerre » sous un article ainsi intitulé (*in* R.D.P. 1908, p. 288).

marchés afférents en fut subvertie. Dès 1892, Maurice HAURIOU convient que « *le marché de fournitures a un caractère décidé d'opération de puissance publique* », cela se traduisant « *par des droits exorbitants au profit de l'administration et par la compétence d'un tribunal administratif, le Conseil d'État* »⁷³. De même pour Édouard LAFERRIÈRE, les marchés « *sont, en même temps que des contrats, de véritables opérations administratives étroitement liées à la marche des services* »⁷⁴.

De là des garanties et des mesures coercitives, plus complètes encore dans les marchés de fournitures que dans les marchés de travaux publics. Ainsi, en dehors des mesures communes aux deux espèces de marchés – la résiliation et l'exécution aux frais et risques de l'entrepreneur, – on trouve habituellement dans les cahiers des charges, des clauses pénales, des amendes, des retenues pour retard, et en outre l'engagement d'une caution qui doit personnellement assurer le service si le fournisseur le laisse en souffrance. (...) Ces dispositions prouvent combien nous sommes loin ici des contrats de droit commun⁷⁵.

D'un autre côté, les auteurs des thèses précitées ont également admis l'empreinte exercée par les cahiers des charges sur les marchés administratifs. Toutefois, en les analysant, ils ont souligné l'oblitération de l'exorbitance qui les caractérisait. Si ces conventions se distinguent de celles du droit privé, la cause d'une telle disparité venait selon eux à s'amenuiser. En rapportant ce processus – particulièrement vrai pour les marchés de travaux publics –, ces auteurs ont marqué à la fois ce qui séparait ces marchés des contrats de droit privé, et à la fois ce qui les en rapprochait au vu de l'évolution des cahiers des charges. C'est depuis cette perspective qu'il faut comprendre les propos qui affirment la probable assimilation des marchés au droit commun. La tendance à la résorption des clauses exorbitantes du droit commun fit désirer à certains qu'elles disparaissent totalement. Il faut convenir que de ce point de vue, ces auteurs ont sous-estimé la nécessité – ressentie vivement par d'autres – dans laquelle l'administration est placée non seulement de s'assurer de son contractant⁷⁶, mais également des agents administratifs employés à leur exécution de ces marchés. Henry BERTHÉLEMY écrivait assez justement que le cahier des clauses et conditions générales était « *un ordre prescrivant aux agents de l'administration les stipulations qui devront être insérées dans les contrats de travaux publics* »⁷⁷. Ce dernier aspect fut particulièrement

⁷³ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif*..., *op. cit.* (1^{re} éd., 1892), p. 665

⁷⁴ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative*..., *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1888), p. 134.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Jean-Baptiste SIMONET – chef de bureau honoraire à la préfecture de la Seine – situait cette singularité des marchés de fournitures dans ces précautions prises par l'administration : « *Les marchés de fournitures ont un caractère spécial résultant surtout des sanctions sévères qui en garantissent l'exécution* » (*Traité élémentaire de droit public et administratif, contentant les matières exigées par les programmes des facultés de droit, du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de l'inspection générale des finances, des ministères de l'intérieur, des finances, des travaux publics, de l'instruction publique, et par ceux de la préfecture de la Seine, de l'administration de l'enregistrement, du commissariat de la marine, etc.*, Paris, Pichon, 1902 (4^e et dernière éd.), p. 551).

⁷⁷ BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1900-1901 (1^{re} éd., 1 vol.) p. 588.

négligé pour présenter les relations contractuelles de l'administration comme celles entre deux parties. Peut-être, mais l'une d'entre elles n'en reste pas moins affectée d'une faiblesse génétique : celle de s'assurer que les deniers publics soient correctement employés à l'intérêt général. Cette préoccupation, qui n'est pas nouvelle, renvoie à l'approche gestionnaire que nous avons mise en exergue en étudiant la doctrine administrative de la Restauration et de la Monarchie de Juillet⁷⁸.

⁷⁸ Cf. le chapitre 1, titre IV, première partie.

Chapitre 2

L'effet relatif des concessions questionné : un modèle contractuel émoussé

370. Les contrats de concessions suscitèrent des réflexions assez différentes de celles provoquées par les marchés de l'administration. Au travers des révisions successives des cahiers des charges, ces marchés ont été interrogés au point de vue des résistances qui s'opposèrent à leur assimilation au droit civil. Par delà la diversité des opinions qui s'y rapportent, ces contrats se sont tendanciellement rapprochés du référent civiliste. Si bien qu'il fut question, pour certains, de souligner ce qui pouvaient encore justifier de les singulariser. Les contrats de concession se donnèrent à voir depuis une autre perspective : celle de leur qualification problématique. La doctrine privatiste s'y intéressa dans la mesure où ces contrats générèrent des relations régies par le droit privé – celles du concessionnaire avec les usagers du service concédé. Elle ne s'essaya pas à garder au droit privé des questions juridiques qui tendissent à y échapper. En revanche, elle fut en mal d'appréhender des relations juridiques inédites – ou poser en des termes inédits – à partir d'un droit civil qui fut élaboré à une époque où celles-ci étaient inconnues. Tel fut le cas s'agissant de l'effet des contrats de concession sur les usagers (**section 1**). En vis-à-vis, la doctrine publiciste ne fut pas forcément plus à l'aise. À la différence des marchés administratifs, la compétence administrative – pour les relations entre le concessionnaire et l'administration concédante – ne posait aucune difficulté. Il n'a pas été question d'insister sur les particularités d'un contrat dont il aurait été à craindre qu'il ne tombât dans la compétence judiciaire. Il n'empêche qu'à propos de l'effet relatif des contrats de concession, les publicistes se divisèrent sur la manière d'en rendre compte. Certains inclinèrent à conserver le cadre contractuel, tandis que d'autres préférèrent aborder cette question en mobilisant des référents proprement publicistes (**section 2**).

Section première. – Les difficultés insolubles de la doctrine civiliste pour appréhender les spécificités des contrats de concession

371. Les contrats d'utilité publique du point de vue de la doctrine privatiste. – C'est dans le giron du droit privé que s'épanouirent dans un premier temps des réflexions suscitées par la qualité des usagers des services concédés, extérieurs à une relation contractuelle singulière. La terminologie n'est pas celle usitée communément en droit administratif : il y est moins question de concessions de service public – d'ailleurs

l'expression s'imposa dans la doctrine administrative plus tardivement – que de « contrats d'utilité publique ». Proposée, sinon popularisée par Charles de SAINCTELETTE⁷⁹, cette locution tout d'abord employée par les civilistes permit d'explicitier par le biais de la stipulation pour autrui la nature des relations liant concédant, concessionnaire et usagers du service concédé. C'est souvent à son propos qu'une définition de ce contrat est développée, comme par exemple dans le *Répertoire encyclopédique de droit français* de LABORI :

Il arrive fréquemment que des personnes publiques, l'État, les départements, les communes, insèrent dans les conventions qu'elles passent avec les particuliers, des dispositions en faveur des tiers. Il y a contrat d'utilité publique, lorsque la stipulation est conclue au profit de tous les habitants de la commune ; il en est ainsi, par exemple, des concessions de voitures publiques, de distribution des eaux, d'éclairage par le gaz ou l'électricité, et en général de toutes les concessions de monopoles⁸⁰.

Jusque dans les années 1900, il est surtout question de débattre des droits des usagers vis-à-vis du concessionnaire et d'interroger comment le concédant peut en assumer la défense devant le juge judiciaire. En mobilisant à cet égard des concepts du droit civil – la stipulation pour autrui, le mandat, la représentation, *etc.* –, ce sont surtout des privatistes – civilistes ou romanistes – qui investissent ce sujet⁸¹ : Joseph-Émile LABBÉ, Raymond SALEILLES ou encore Marcel PLANIOL ; ainsi qu'Edmond CHAMPEAU, Édouard LAMBERT, jeunes docteurs dans les années 1890. Leurs travaux ne nous intéressent pas à proprement parler, si ce n'est dans la mesure où ils constituent des essais doctrinaux pour appréhender des relations relativement inédites, à l'aide de référents civilistes empruntés au droit des obligations. Dès l'essor de ces réflexions, les enjeux ont été saisis avec lucidité par ces auteurs : admettre que le droit civil fût mal disposé à en rendre compte, c'était supposer que certaines relations juridiques consensuelles fussent d'une nature irréductible au droit civil.

⁷⁹ Cf. SAINCTELETTE Charles (de), « Des contrats d'utilité publique. De leur énergie obligatoire. – De leur force exécutoire », in *Revue de droit international et de législation comparée* 1888, XX, p. 425.

⁸⁰ LABORI Fernand (dir.), *Répertoire encyclopédique du droit français*, Paris, Marchal & Billard, 1889-1896 (12 vol.), t. 11 (1895), p. 624 (v° Stipulation pour autrui).

⁸¹ Il serait erroné de penser que les administrativistes fussent restés en retrait. Cela dit, cette question juridique s'est posée à l'occasion des rapports entre les concessionnaires et le public, c'est-à-dire relativement à des litiges ressortissant à la juridiction judiciaire. Les civilistes s'en sont naturellement plus préoccupés. Il n'en reste pas moins que nous avons trouvé des témoignages par lesquels quelques administrativistes cautionnent l'emploi de la stipulation pour autrui à ce genre de relations. En atteste Alfred PICARD, président de la section des travaux publics du Conseil d'État et auteur d'un *Traité des chemins de fer* : « La loi du 28 pluviôse an VIII ne donne compétence au Conseil de préfecture que pour "les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs des travaux publics et l'Administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés" : telle est la règle rappelée par l'article 70 du cahier des charges. Mais l'État stipule tout à la fois pour lui et pour les tiers. Ceux-ci trouvent dans les engagements du concessionnaire la base d'une action en dommages-intérêts, qui rentre dans les attributions de l'autorité judiciaire : ils peuvent revendiquer le bénéfice de l'article 1121 du Code civil, pour faire juger par les tribunaux ordinaires les effets de droit civil qu'engendre le contrat administratif et pour en assurer l'exécution » (Paris, Rothschild, 1887 (4 vol.), t. 2, p. 110).

- 372. Un essai doctrinal pour soustraire les contrats d'utilité publique du carcan du droit civil.** – C'est le Belge Charles de SAINCTELETTE – avocat et économiste ; ancien député et ancien ministre des travaux publics (de 1878 à 1882) – qui, le premier, s'exprima sur la question à propos d'un litige impliquant sa ville natale – Mons. Il inclina sans équivoque pour une approche iconoclaste au regard des privatistes.

Il n'est pas possible que les contrats dont la cause est l'utilité publique et la fin, la satisfaction de quelque besoin collectif, soient traités par la législation et par la jurisprudence d'une façon moins absolument juste que les contrats dont la cause n'est qu'une utilité privée et la fin, que la satisfaction des besoins personnels d'une pluralité, plus ou moins considérable, d'individus nommés. (...)

Il faut reconnaître (...) que les affaires d'utilité publique intervenant entre d'autres facteurs et dans d'autres termes que font les affaires d'utilité privée, ne peuvent être, en tout point, réglées à la façon de celles-ci.

Par cela seul qu'une règle est énoncée dans le Code civil, il s'en faut qu'elle soit nécessairement applicable aux contrats d'utilité publique⁸².

Avec une hauteur de vue remarquable et poussé en cela par une décision de justice dont il fait la critique, cet avocat expose les impasses auxquelles donne lieu l'usage du droit civil – particulièrement la stipulation pour autrui – aux contrats où la personne publique contractante ne s'engage pas à proprement parler pour son compte, mais pour celui de ses administrés dans l'intérêt desquels elle agit :

Autant il semble conforme à la nature de l'homme privé que l'individu ne puisse, en général, stipuler ni surtout s'engager, en son propre nom, que pour soi-même, autant il semblerait contraire à la définition même de la puissance publique que les stipulations faites par elles ne profitassent pas au public et que les promesses faites par elles n'engageassent pas le public⁸³.

Certes, il ne fonde pas sa démonstration sur une représentation du droit administratif dont il eût développé – même succinctement – les termes. Cependant, il attire l'attention sur cette incongruité consistant à considérer que le concessionnaire est uniquement engagé vis-à-vis de la personne publique concédante, alors même que celle-ci ne retire aucun profit direct du service concédé. À l'inverse des contrats passés pour la gestion de leur domaine privé, les administrations qui concèdent la gestion d'un service public, souscrivent moins des obligations d'ordre patrimonial qu'elles n'organisent un service pour le profit exclusif de la collectivité. Elles ne cherchent pas tant à disposer de leur patrimoine, qu'elles aménagent – le cas échéant en usant du domaine public – un service organisé pour le confort des administrés.

- 373.** Ses efforts pour caractériser ces rapports sont peut-être hésitants – ou seulement emprunts d'humilité, face à la hauteur d'une difficulté inédite. Cela étant, il souligne

⁸² SAINCTELETTE Charles (de), « Des contrats d'utilité publique. De leur énergie obligatoire. – De leur force exécutoire », in *Revue de droit international et de législation comparée* 1888, XX, p. 425-426.

⁸³ *Id.*, p. 427.

l'inefficacité du mandat, de la stipulation pour autrui ou encore de la gestion d'affaires à en rendre compte. Aussi préfère-t-il parler d'une « *relation sui generis, un quasi-rapport d'ayant-cause à auteur, quasi-rapport que, peut-être, il serait utile de définir et de régler législativement, mais sans lequel il est impossible de comprendre et d'expliquer la gestion par les pouvoirs publics des intérêts civils collectifs de leurs administrés* »⁸⁴. Cet essai doctrinal repose *in fine* sur cette conviction que ces contrats destinés à la satisfaction des besoins collectifs, peuvent malaisément être appréhendés par le droit civil qui ne considère que les individus, sans permettre de saisir les masses anonymes – celles des administrés, usagers potentiels des services concédés. L'idée nous paraît banale ; il faut pourtant se représenter ce qu'elle a d'iconoclaste à cette époque pour en apprécier toute la valeur. Ce qu'il prône, c'est la définition d'obligations *civiles* autonomes du droit *civil*, tandis que la doctrine contemporaine conçoit les obligations suivant un modèle moniste.

Nos lois, jusqu'à présent, n'ont pas fait, parmi les règles des contrats, le triage de celles qui sont communes à toutes les sortes de contrats d'avec celles qui ne peuvent être appliquées aux contrats d'utilité publique. La distinction est à tracer par la jurisprudence. C'est à elle de dire lesquelles, des diverses dispositions du titre « Des contrats », sont incompatibles avec l'essence ou avec la nature des contrats d'utilité publique. (...)

C'est aux règles du droit public, non aux dispositions du droit privé, qu'il faut demander de déterminer au profit de qui stipule et à la charge de qui promet une autorité publique⁸⁵.

Sans en être certain, nous pensons qu'il est le premier à proposer cette locution de « contrat d'utilité publique ». Elle soulignerait le cas échéant, par le choix des termes, le sens d'une entreprise doctrinale d'ailleurs mûrie par une expérience ministérielle. Il s'agit moins de reconnaître par principe des contrats dont la nature fût intrinsèquement différente des contrats du droit privé, que d'admettre que certaines dispositions pussent être foncièrement inadaptées à certains contrats, au point de trouver le sens de certaines dans le giron du droit public. Ce référent publiciste est employé comme s'il pouvait se prêter à inspirer le sens de normes portées à saisir des relations juridiques inédites.

- 374. La réaction unanime de la doctrine privatiste : la défense d'un droit civil compris comme protecteur des intérêts privés.** – La démonstration de Charles de SAINCTELETTE peut nous paraître équivoque, tant les termes qui y sont employés sont connotés à nos yeux. Pourtant, ses contemporains la comprirent telle que nous l'avons présentée. Ces derniers ne furent pas indifférents aux évolutions sociales de leur temps. Lorsqu'ils rejetèrent la doctrine développée par Charles de SAINCTELETTE, ce fut moins par conservatisme que par une inclination à penser le

⁸⁴ *Id.*, p. 434.

⁸⁵ *Id.*, p. 426.

droit civil comme le cadre le plus adéquat pour assurer la protection des intérêts particuliers engagés dans ces contrats. Ainsi le romaniste LABBÉ, professeur à la faculté de Paris, hésite-t-il « à déclarer a priori que les règles du droit privé ne sont pas applicables aux contrats d'utilité publique »⁸⁶. Incarnation de l'intérêt public, le droit administratif lui paraît trop défavorable aux administrés pour être étendu à des rapports contractuels où sont pourtant engagés des intérêts particuliers.

Nous ne savons pas où nous entraînerait ce rejet en masse de toutes les règles de la justice privée ; nous sommes plutôt enclins à dire que le droit administratif doit, autant que possible, autant que la nature des choses le comporte, prendre ses inspirations dans le droit privé. (...) Lorsque le débat existe, comme dans les matières administratives, entre un intérêt général et un intérêt particulier, l'intérêt général a au premier abord trop de prépondérance pour qu'il ne soit pas bon et prudent de se rappeler les règles de la justice privée, et de s'y conformer autant que faire se peut. À plus forte raison sommes-nous disposés à conserver un grand respect pour les règles du droit privé, lorsqu'il s'agit de contrats en quelque sorte mixtes, dans lesquels sont placés côté à côté des dispositions d'ordre administratif, d'intérêt général, et des dispositions d'intérêt privé et individuel⁸⁷.

Par ailleurs, Charles de SAINCTELETTE développe sa démonstration pour rejeter le modèle de la stipulation pour autrui, si bien que certains civilistes y virent un pis-aller opportuniste, tout juste animé par le souci d'écarter des dispositions encombrantes dans une espèce donnée. C'est à cet égard que Marcel PLANIOL critique une classification fondée sur aucune rationalité juridique.

C'est surtout en vue [des contrats passés par les diverses administrations dans l'intérêt de leurs administrés] que M. SAINCTELETTE a imaginé sa distinction : elle n'a d'autre but que de les soustraire à certaines règles du droit civil dont on juge l'application gênante. Voilà pourquoi on tient tant à nous donner, à côté des conventions ordinaires qui règlent les affaires d'utilité privée, une classe de contrats privilégiés exempts de ces règles, ou tout au moins de quelques-unes des règles du droit civil. (...) Là est la vraie raison (on pourrait dire la seule) de cette classification nouvelle des contrats. Emprisons-nous d'ajouter que toute cette théorie est vaine, que le danger qu'on redoute est chimérique⁸⁸.

C'est avec scepticisme que la plupart des auteurs réceptionnèrent l'essai doctrinal de SAINCTELETTE. Édouard LAMBERT, dont l'introduction de son ouvrage signale qu'il est loin d'être partisan d'un traditionalisme doctrinal, craint « un arbitraire par trop dangereux »⁸⁹. Il faut considérer que ce n'est que concomitamment – dans les années

⁸⁶ LABBÉ Joseph-Émile, Note sur l'arrêt *Ville de Mons c. ROBERT et Cie* [Belgique] (Cass., 31 juillet 1888), in *Sirey* 1889. 4. 9. Cette note porte sur l'arrêt dont SAINCTELETTE fit la critique dans son article précité.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Paris, Pichon, 1900-1901 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1900), p. 301-302.

⁸⁹ LAMBERT Édouard, *Droit coutumier contemporain. – Du contrat en faveur de tiers. Son fonctionnement, ses applications actuelles. Cession de dette (délégation, cession de portefeuille, cession de bail) – assurance-vie – assurance-accident – contrats d'utilité publique – fondations*, Paris, Giard & Brière, 1893, p. 349 (cet ouvrage est issu de sa thèse de doctorat soutenue la même année (sous la présidence de JOBBÉ-DUVAL, professeur de droit romain : *La*

1890 – que certains administrativistes appréhendèrent la jurisprudence du Conseil d'État comme source *prétorienne* du droit administratif⁹⁰. Les préventions formulées à l'encontre de l'article de SAINCTELETTE se comprennent suivant une idée de la jurisprudence qui s'accommode mal de théories doctrinales subversives de la Loi.

Nous comprenons que les tribunaux, en présence d'une règle particulière devenue trop étroite, élargissent peu à peu la loi sous la poussée impérieuse de la pratique. Mais que la jurisprudence se substitue au législateur pour bâtir de toutes pièces une législation spéciale aux contrats d'utilité publique, sans être guidée ni par la tradition, ni par les principes généraux du droit : voilà que nous ne songerons jamais à lui demander⁹¹.

375. D'aucuns s'attachèrent à proposer un aménagement de la stipulation pour autrui, de sorte que disparussent les absurdités pratiques auxquelles pouvait aboutir une conception trop étroite⁹². Raymond SALEILLES – alors professeur à la faculté de Dijon où il y dispensait des cours d'histoire du droit et de droit constitutionnel – admet que : « *C'est peut-être trop tôt dit et trop tôt fait* »⁹³. La partition proposée par Charles de SAINCTELETTE ne lui paraît pas être assez substantielle pour justifier une distinction si radicale. Développée à partir d'un article du code civil, celui-là perçoit la difficulté qu'il y a à admettre de prime abord l'autonomie de certains contrats vis-à-vis du droit civil, sans leur désigner un corps de règles qui pût leur être appliqué. « *Si l'on ne peut soustraire en bloc les contrats d'utilité publique à l'application du droit privé, il nous semble possible de les soustraire à celles de l'article 1119* »⁹⁴. Son analyse ne manque pourtant pas de pénétration à l'endroit du droit administratif.

[Les contrats d'utilité publique] sont par essence des contrats passés par une personne morale publique en vue et au profit, non de ses intérêts patrimoniaux à elle, mais en vue et au profit des particuliers qui la composent ; or bien que la personne morale soit un être juridique distinct, au point de vue de ses droits patrimoniaux, des êtres réels qui la constituent, on peut dire, à un point de vue élevé qui est celui du droit administratif, qu'elle n'est que la résultante, sous forme d'intérêt collectif, des intérêts particuliers qu'elle représente. (...) La règle qui est la base de l'article 1119 : sans intérêt pas d'action, n'a en vue que des rapports purement

stipulation pour autrui : de la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant).

⁹⁰ Nous pensons en particulier à Maurice HAURIOU qui reconnaît au Conseil d'État un rôle spécifique, bien différent de celui de la Cour de cassation. Tant et si bien qu'il envisage la jurisprudence administrative parmi les sources du droit administratif (cf. son *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1892), p. 49). À la même époque, Théophile DUCROCQ fut saisi d'effroi par la latitude que s'octroya le Conseil d'État dans l'arrêt *CADOT* (1889) en s'attribuant une place au sein de la juridiction administrative qu'aucun texte ne lui reconnaissait. Son émotion nous paraît justifiée à maints égards (cf. de cet auteur : Recension du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* (1^{re} éd.) de LAFERRIÈRE, in R.G.D. 1887, p. 466 sq. & *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, Paris, Fontemoing, 1897-1905 (7^e éd., 7 vol.), t. 2 (1897), p. 183).

⁹¹ LAMBERT Édouard, *Droit coutumier contemporain. – Du contrat en faveur de tiers...*, *op. cit.* (1893), p. 349.

⁹² Cf. CHAMPEAU Edmond, *La stipulation pour autrui*, Paris, Larose, 1893 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par BUFNOIR, professeur de droit civil), p. 210 sq.

⁹³ SALEILLES Raymond, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, Paris, Pichon, 1890 (1^{re} éd.), p. 260.

⁹⁴ *Ibid.*

patrimoniaux, elle n'est plus admissible lorsqu'il s'agit d'un être fictif reconnu par la loi comme l'organe des intérêts généraux d'un groupe de particuliers. Lorsque cet être fait un contrat en vue des intérêts qu'il représente administrativement, il agit dans la sphère légale de sa capacité administrative et le contrat est valable comme rentrant dans la catégorie des actes qu'il a mission de conclure en vertu de sa propre destination. Étant valable il en résulte que les droits stipulés au profit des tiers dans leur intérêt leur sont acquis directement comme c'est la règle généralement admise en matière de stipulation pour autrui, sauf refus de leur part ; et il en résulte aussi que le stipulant, ici la commune, a l'action, car on ne peut lui opposer le défaut d'intérêt, puisqu'elle agit en vue des intérêts même dont elle est l'organe : ayant action, elle fera condamner le débiteur à l'exécution vis-à-vis des intéressés, et elle fera exécuter le jugement au profit de ceux des intéressés qui s'adresseront à elle pour en bénéficier⁹⁵.

À l'instar de Charles de SAINCTELETTE, il entrevoit que certaines des stipulations des concessions participent d'un ordre de considérations différent de celles usuellement déployées pour les contrats entre particuliers. Si le cadre de son ouvrage ne lui permet pas de développer ces réflexions, il souligne après celui-ci les caractères d'un commerce juridique dont l'objet ne soutient aucune analogie.

- 376. Une doctrine privatiste engagée dans des perspectives bornées par l'horizon du droit civil.** – Le cadre dans lequel se sont développées ces réflexions a été trop étroit pour que les privatistes admettent dans leur majorité le rejet du droit civil. Quoique touchant à la représentation par les administrations publiques de leurs administrés, les difficultés qui ont surgi à propos de la stipulation pour autrui sont restées isolées dans les débats doctrinaux. Elles n'ont jamais été articulées à des réflexions connexes qui permettent d'en systématiser les termes et d'en élargir les enjeux. Il n'y a aucune mauvaise foi dans ces propos d'Édouard LAMBERT :

M. SAINCTELETTE est surtout inspiré par la préoccupation des résultats pratiques. (...) Mais la jurisprudence ne peut pas se substituer [au législateur] pour réaliser une innovation, qui constituerait le renversement subit d'un des principes les plus universellement acceptés de notre droit : ce principe qu'on ne saurait forcer une personne à se prévaloir de l'action qui lui appartient, et se substituer à elle, sans son mandat, pour exercer ses droits⁹⁶.

Il semble apprécier l'espèce à l'aune de la règle, plutôt qu'il ne s'interroge sur la qualité de celle-ci à appréhender correctement celle-là. C'est qu'il n'introduit aucune distinction entre les diverses stipulations pour autrui employées par les contrats passés par les administrations. Or ces dernières recourraient volontiers aux stipulations pour autrui visées par le code civil. *Via* les cahiers des charges, l'administration stipulait aux marchés administratifs des clauses imposant à ses contractants certaines obligations au profit de leurs ouvriers. La multiplication de ces stipulations pour autrui à la fin du XX^e siècle suscita même plusieurs études

⁹⁵ *Id.*, p. 261.

⁹⁶ LAMBERT Édouard, *Droit coutumier contemporain. – Du contrat en faveur de tiers...*, *op. cit.* (1893), p. 353.

spécifiques⁹⁷. Cela dit – et plusieurs auteurs firent toujours la différence à cet égard –, il s’agit de stipulations profitant à des individus génériquement identifiés : les salariés des adjudicataires. Tandis que les clauses stipulées aux contrats d’utilité publique intéressent une masse indifférenciée d’individus : public et autrui ne sont pas la même chose. Ces rapprochements qu’incitait une terminologie uniforme, n’inclinèrent pas les privatistes à discerner ce qu’il put y avoir de foncièrement spécifique dans les clauses insérées au profit des usagers des services concédés. Cette corrélation inopportune maintint la confusion tant que certains auteurs appréhendèrent cette difficulté à l’aune d’un concept civiliste par le biais duquel celle-ci ne pouvait qu’être située en marge, comme un cas problématique confiné à l’extrémité du spectre doctrinal.

377. En 1905, Édouard BOURDON note que « *la validité de ces stipulations insérées dans les contrats d’utilité générale n’a jamais été mise en doute par la jurisprudence* »⁹⁸. Et pourtant il écrit dubitativement :

Si on peut plus ou moins hésiter à reconnaître le caractère d’une stipulation pour autrui dans [certaines] hypothèses, alors que la personne morale agit, potestativement, en faveur de tous les membres qui la composent, dans les limites de ses attributions administratives ; il apparaît, au contraire, très nettement, chaque fois que la commune insère, dans les contrats, des clauses en faveur des ouvriers et fournisseurs contre les adjudicataires⁹⁹.

Cet auteur signale – à ses dépens – l’impasse dans laquelle est tombée la doctrine privatiste dans les années 1900. Il réalise ce que le droit privé a d’étroit pour appréhender des relations spécifiques générées par les contrats d’utilité publique.

Tous ces rapports juridiques nouveaux, le Code semble impuissant à les expliquer ; bien mieux, ses textes ont souvent l’air de les prohiber, et, aujourd’hui encore (...) c’est à la jurisprudence qu’il faut s’adresser pour échafauder une théorie juridique¹⁰⁰.

Il n’est pas anodin que l’essentiel des référents doctrinaux soit emprunté à la doctrine privatiste. Certes, à cette époque, la doctrine administrative ne s’était pas beaucoup

⁹⁷ Cf. les thèses de Henri BAZIRE (*Des conditions du travail imposées aux entrepreneurs dans les adjudications de travaux publics*, 1898), Adolphe OUBERT (*Des conditions du travail dans les adjudications de travaux publics*, 1900), Maurice LOUVARD (*La protection des salaires dans les marchés de fournitures et de travaux publics*, 1901) et R. COURRÈGELONGUE (*Des conditions du travail dans les marchés de travaux publics en France*, 1902). Pour un exposé synthétique de la question, cf. DELAMAIN Maurice, *Les stipulations dans l’intérêt des tiers dans les contrats administratifs*, Paris, Rousseau, 1910 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par SAUZET, professeur de droit administratif), p. 5 *sq.*

⁹⁸ BOURDON Édouard, *Des contrats d’utilité générale passés au profit d’une collectivité. Les contrats syndicaux et municipaux – leur système juridique*, Paris, Rousseau, 1905 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par SALEILLES, professeur de droit civil), p. 319.

⁹⁹ *Id.*, p. 317.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 3.

plus engagée sur cette question¹⁰¹. Toutefois, elle est magnifiquement ignorée ; la locution même de contrats d'utilité publique semble avoir cantonnée la difficulté aux contrats communaux – contrats soumis à la compétence judiciaire, sauf lorsqu'étaient en cause des travaux publics. Tandis qu'en conclusion Édouard BOURDON note – allusivement – la possibilité d'épuiser la question en recourant à un autre concept que la stipulation pour autrui, c'est à un privatiste allemand qu'il emprunte.

Si, malgré tout, la théorie de la stipulation pour autrui semblait, à certains, trop étroite pour être applicable, en bloc, à notre matière, rien n'empêcherait de l'atténuer à l'aide des idées préconisées par M. LOTMAR [qui] ne rejette pas (...) la plupart des règles de droit privé [mais conçoit le] système ingénieux d'un contrat-règlement¹⁰².

Cette inertie doctrinale dans laquelle ces réflexions sont restées cantonnées, explique pour une large part le peu d'originalité de ses travaux. L'horizon du droit civil a lié les privatistes à un cadre qui aurait pu être fécond si seulement il eût été enrichi par des considérations exogènes. Au lieu de cela, ils ont borné leurs réflexions au droit civil des obligations sans supposer que le droit administratif pût – par certains de ses aspects – être intéressé à la question. Si les administrativistes furent mieux disposés pour envisager la question dans toute son ampleur, leurs réflexions donnent à voir une pluralité d'opinions – ce qui par un contre-champ éclaire le désarroi des privatistes.

¹⁰¹ La doctrine administrative s'y attacha avec plus d'attention à partir de l'arrêt *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Segney-Tivoli* (C.E., 21 décembre 1906). Nous pensons notamment aux articles de Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU.

¹⁰² *Id.*, p. 320-321. L'auteur fait référence à l'ouvrage de Philipp LOTMAR, universitaire allemand, enseignant à l'université de Bern : *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches* (1902), que nous pouvons traduire comme suit : *Le contrat de travail d'après le droit privé de l'Empire allemand*.

Section 2. – Les différentes inclinations de la doctrine publiciste pour comprendre les relations *sui generis* des contrats de concession

378. L'appréhension des contrats d'utilité publique par la doctrine publiciste dans les années 1900. – Georges SCELLE et Maurice DELAMAIN, en soutenant tous deux une thèse en droit administratif, articulent une pensée plus originale sans pour cela rompre avec le droit privé. La démarcation qu'il y a avec Édouard BOURDON tient moins à une culture juridique qui fût différente, qu'à la manière d'entrevoir le sujet. Ils l'engagent suivant une perspective plus ample en assimilant des préoccupations auxquelles les civilistes sont demeurés indifférents. À l'instar du second pour qui la stipulation en droit public « *devient un véritable moyen d'administration* »¹⁰³. Leurs bibliographies l'indiquent très bien : elles rapprochent des référents doctrinaux tant privatistes que publicistes. Ce n'est pas dire qu'ils abandonnèrent nécessairement les concepts civilistes comme trop embarrassants. Bien au contraire, Georges SCELLE témoigne d'un profond attachement pour la doctrine du professeur JACQUELIN – lequel fut sensible à la thèse de l'unité du Droit.

Il n'y a point de diverses sortes de contrats, des contrats de droit public, des contrats de droit privé. Le contrat, quelle que soit la personnalité qui le passe, est toujours un contrat, un acte présentant les mêmes caractères essentiels, uniquement productif d'obligation, (...) soumis à la règle légale pour sa validité et ses effets, et à l'appréciation juridictionnelle quant aux difficultés qui en peuvent naître. (...)

La spécialisation des contrats administratifs dans une branche du droit n'en est pas moins aussi légitime que celle des contrats commerciaux dans une autre, sans qu'il cesse d'être vrai que les expressions contrats commerciaux, ou contrats publics, n'indiquent autre chose qu'une classification d'espèce et non de genre¹⁰⁴.

À la différence d'Édouard BOURDON qui emploie la locution de contrats d'utilité publique pour désigner spécialement les concessions d'un service communal, cet auteur l'élève au rang d'une classification doctrinale. « *C'est en raison (...) de la modalité de l'objet, que les contrats passés dans l'intérêt public méritent une classification à part, une classification légitime, mais aussi une classification pratique* »¹⁰⁵. Au fond, leurs desseins diffèrent foncièrement. L'un appréhende des contrats qui bousculent le droit civil en générant des rapports juridiques inédits : il évalue la faculté du droit privé à les incorporer en son sein en confrontant ce qu'ils peuvent avoir d'irréductibles. Le second s'interroge sur un « *principe supérieur, capable de servir de critérium aux rapports de l'État et de l'individu, et de fournir une délimitation exacte de la légitimité de l'action administrative dans chaque cas déterminé* »¹⁰⁶. Sa contribution s'inscrit délibérément dans les débats doctrinaux touchant à « *la nature de l'État, des personnes morales, et des droits de l'individu*

¹⁰³ DELAMAIN Maurice, *Les stipulations dans l'intérêt des tiers dans les contrats administratifs*, op. cit. (1910), p. 279.

¹⁰⁴ SCELLE Georges, *De l'influence des considérations d'utilité publique sur le contrat*, op. cit., (1906), p. 68-69.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 74.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 10.

considéré comme personne juridique, comme sujet de droits privés et publics »¹⁰⁷.

- 379.** Ses efforts tendent à dégager pour le droit administratif une « *notion plus exacte de l'unité des actes administratifs (au sens large)* »¹⁰⁸, suivant un point de vue qui emprunte manifestement à la doctrine du professeur JACQUELIN.

[Les actes administratifs] sont caractérisés, non plus par leur portée impérative ou administrative (au sens étroit), mais par leur but identique qui est de procurer satisfaction aux besoins sociaux. Tout acte administratif contenant ainsi de la gestion et de l'autorité, quoique, dans des proportions infiniment variables, (...) l'ancienne opposition se résoudra en une distinction des effets dominants de l'un ou de l'autre élément ; ou peut-être même (...) en une analyse de l'influence du pouvoir de commandement confié à l'administration sur les effets des actes qu'elle accomplit¹⁰⁹.

Le choix de son sujet n'a rien de fortuit. Rejetant comme artificieuses les classifications des actes administratifs jusqu'alors formalisées, il s'est attaché à « *l'examen des cas où le caractère de gestion demeurant dominant, on y peut relever l'influence de l'intervention du naturel autoritariste du gérant* »¹¹⁰.

Nous choisissons ceux des actes de gestion où, selon le droit commun, la volonté de la personne publique se trouve le plus limitée par la volonté des autres personnes juridiques : les contrats¹¹¹.

Le point de vue où il se place le met en mesure de saisir une problématique qui pouvait *in fine* n'être pas indifférente aux privatistes. Ce faisant, il s'efforce d'embrasser tous les contrats de l'administration en se refusant de distinguer entre ceux de l'État et ceux des communes, « *parce que, dans les deux cas, l'intérêt public, toujours identique à lui-même, ne saurait légitimer que des particularités identiques* »¹¹². Les singularités dont il entoure ces contrats le conduisent aux antipodes des conclusions faites par Charles de SAINCTELETTE. Loin de justifier pour leur exécution un droit distinct, il rend compte de leur spécificité pour les garder dans l'orbite du droit civil, car que le concept de contrat y renvoie naturellement.

Par cela seul que dans un contrat les parties sont, d'une part, [une personne du droit privé] ; d'autre part, [une personne du droit public], l'égalité qui (...) est la règle du contrat, ne demeure plus entière, et les contrats, passés en vue de la satisfaction de l'utilité publique, formeront une classe spéciale de contrats, produisant des effets particuliers¹¹³.

Les efforts dont il fait preuve pour les distinguer des contrats du droit privé ne visent pas à dégager une catégorie de contrats dont le régime juridique fût autonome du

¹⁰⁷ *Id.*, p. 10-11.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 3

¹⁰⁹ *Id.*, p. 3-4.

¹¹⁰ *Id.*, p. 4.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Id.*, p. 63.

¹¹³ *Id.*, p. 67.

droit civil. Il discerne les singularités auxquelles ils sont soumis pour consolider l'emprise du droit civil – à l'instar des contrats commerciaux. Ce faisant, il récuse tout à fait l'impossibilité qu'il y aurait à appliquer le droit civil.

À part l'exception relative aux stipulations pour autrui, les contrats d'utilité publique peuvent (...) revêtir toutes les modalités susceptibles d'affecter les contrats. (...) Pour tous [les] contrats [des administrations publiques], quelle que soit la personne morale intéressée, quelle que soit la juridiction appelé à se prononcer, que ce soit une juridiction civile ou administrative, ce sont les règles du droit civil qu'il convient d'appliquer, puisque les contrats de droit public sont des contrats de droit commun. Il n'y aura de dérogations légitimes que celles contenues dans des dispositions expresses des textes administratifs¹¹⁴.

En somme, un auteur comme Édouard BOURDON interroge la ductilité du droit civil et sa propriété à assimiler les évolutions sociales contemporaines de la fin du XIX^e siècle. Sans mésinterpréter ses intentions, nous dirions qu'elles tendent avant tout à conserver au droit civil sa prédominance en démontrant l'actualité de sa valeur. Georges SCELLE est motivé par une autre ambition : celle d'amplifier le respect du Droit par l'administration, en présentant ses prérogatives comme autant de particularités qui viennent s'articuler au droit civil en ménageant son empire. En d'autres termes, les contrats d'utilité publique tiennent à une classification doctrinale qui en englobant les contrats administratifs, atténue – tout en les reconnaissant – des disparités qu'ignorent purement la plupart des privatistes.

- 380. Le rejet formel de la stipulation pour autrui à la faveur d'une analyse institutionnelle des services concédés.** – Si les difficultés soulevées par les contrats d'utilité publique furent le point de départ de ces réflexions, les réactions des doctrines privatiste et publiciste se démarquent foncièrement l'une de l'autre. La thèse de Georges SCELLE illustre ce que celle-ci a de plus consensuelle en assimilant plutôt qu'en rejetant. Toutefois, il ne faudrait pas croire qu'elle fut la seule option doctrinale envisagée. D'autres furent développées dans des perspectives divergentes. À cet égard, les notes de Maurice HAURIOU et de Léon DUGUIT commentant l'arrêt *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* (1906) illustrent assez bien – pour rester dans la problématique des contrats d'utilité publique – sur quoi reposent les alternatives. Précisons que si ces auteurs parlent de concessions de service public, ils désignent en soi les mêmes contrats que d'autres dénomment contrats d'utilité publique. Ces deux administrativistes n'écarterent pas la stipulation pour autrui à raison d'un *a priori* défavorable vis-à-vis du droit privé. Nul autre que DUGUIT n'est plus convaincu de cette idée que le concept de contrat ressortit exclusivement au droit privé¹¹⁵. Seulement, la stipulation pour autrui leur paraît inappropriée puisqu'elle

¹¹⁴ *Id.*, p. 75-78.

¹¹⁵ Cf. DUGUIT Léon, *Études de droit public*, Paris, Fontemoing, 1901-1903 (2 vol.), t. 1, p. 371 *sq.*

prête l'objet juridique auquel elle s'applique à une conception qui néglige sa nature. Ainsi le professeur bordelais l'écarte-t-il : « *La stipulation pour autrui, catégorie juridique parfaitement définie, n'a rien à faire ici* »¹¹⁶. La concession de service public n'est pas pour cet auteur un acte qui organise une triangulation entre le concédant, le concessionnaire et les usagers du service concédé. Le concédant ne stipule pas au profit de quelques bénéficiaires, comme si ces derniers constituent une catégorie de tiers déterminés ; il organise un service en obligeant son concessionnaire à « *accepter que les relations juridiques, qui naîtront entre lui et quiconque usera du service public, soient réglées d'après les dispositions de l'acte de concession* »¹¹⁷. Aussi écarte-t-il purement et simplement le schème contractuel.

Il y a une *loi* du service public concédé comme du service public exploité directement. Les actes constitutifs et organiques d'un service public concédé sont des lois au sens matériel, comme ceux qui créent et organisent un service public exploité directement. (...)

Au regard des particuliers qui usent ou veulent user du service public, il n'y a pas, il ne peut y avoir de contrat de concession, (...) il n'y a et (...) il ne peut y avoir qu'une loi du service public sous la protection de laquelle ils se trouvent placés et dans les limites de laquelle ils peuvent user du service public¹¹⁸.

- 381.** Maurice HAURIU estime pareillement qu'« *il n'y a pas à invoquer ici la stipulation pour autrui* [il cite Édouard LAMBERT et Marcel PLANIOL]. *Jamais la jurisprudence n'est entrée dans cette voie, qui d'ailleurs est mauvaise* »¹¹⁹. Pour différer sensiblement de celle de son homologue bordelais, son argumentation tend à des conclusions analogues : « *Dans les rapports de l'Administration et du concessionnaire, il y a contrat ; (...) vis-à-vis des administrés, il y a situation réglementaire ; le cahier des charges, à ce point de vue, comme les tarifs, n'est qu'un règlement* »¹²⁰. C'est pourquoi il insiste sur l'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Gaston JÈZE, peu avant, développait la même thèse. Le rejet de la stipulation pour autrui s'articule à un point de vue étranger aux privatistes : si pour ces derniers le contrat permet seul de rendre compte des relations interindividuelles,

¹¹⁶ DUGUIT Léon, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics (à propos d'un récent arrêt du Conseil d'État, 21 décembre 1906, *Syndicat Croix de Seguey-Tivoli*) », in R.D.P. 1907, p. 432. Il ajoute : « *Les civilistes ont parfois essayé de résoudre le problème en appliquant la théorie de la stipulation pour autrui (C. civil art. 1121)* » (*id.*, p. 431) ; en renvoyant à la thèse d'Édouard LAMBERT, il en fait la critique.

¹¹⁷ *Ibid.* Plus loin il précise en insistant sur cette idée que les stipulations profitent à des personnes déterminées, même si elles ne sont pas identifiées au moment de la signature du contrat, tandis que les usagers constituent un public, c'est-à-dire un ensemble indéterminé de personnes – « *quiconque* ». « *L'acte de concession porte cette disposition générale et permanente que les rapports de droit, qui naîtront entre le concessionnaire et un individu quelconque usant du service, seront réglés d'après les articles du cahier des charges. Le concessionnaire ne prend point l'obligation concrète ; il accepte une règle générale qui régira ses rapports futurs avec tous ceux qui useront du service. La stipulation pour autrui, catégorie juridique parfaitement définie, n'a rien à faire ici* » (*ibid.*).

¹¹⁸ *Id.*, p. 426.

¹¹⁹ HAURIU Maurice, Note sur les arrêts STORCH (C.E., 3 février 1905) & *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* (C.E., 21 décembre 1906) [1907], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 2 (1929), p. 31.

¹²⁰ *Ibid.*

les publicistes recourent plus volontiers à une analyse institutionnelle portée par l'acte réglementaire. Ainsi d'après Gaston JÈZE, il est facile d'admettre les administrés à saisir le juge de l'excès, dès lors qu'« *au lieu de voir, dans toutes les clauses d'un cahier des charges de concession d'un ouvrage public, des stipulations réciproques à caractère contractuel, on en distingue deux catégories : les unes de nature unilatérale, les autres de nature conventionnelle* »¹²¹.

Les clauses, ayant un caractère général, qui déterminent les conditions générales dans lesquelles le service public concédé devra *fonctionner* doivent être considérées comme des *règlements* ; ce sont des actes unilatéraux dont l'observation s'impose avec la force des règlements proprement dits¹²².

En somme, les administrativistes ne sont pas plus modernes que les civilistes. Seulement, ils appréhendent les concessions de service public en rendant compte de leur complexité, en employant une approche familière au droit administratif : une analyse institutionnelle véhiculée par l'acte unilatéral.

- 382. La concession de service public, une convention sujette à des conceptions disputées : la prégnance du cadre contractuel.** – Les administrativistes précités se positionnent sur un plan différent depuis lequel ils considèrent moins la nature d'un contrat spécial au droit administratif – la concession –, que le statut des administrés vis-à-vis des services publics. La délégation de la gestion d'un service public à une personne privée n'est qu'un mode d'organisation du service en question – en concurrence avec la régie. En d'autres termes, ils ne mobilisent pas une littérature déjà riche sur les concessions de travaux publics – analysées comme des contrats¹²³. Sans évincer l'idée de contrat qu'ils conservent pour certains aspects de la concession, ils orientent la question des administrés en la situant dans une perspective qui lui imprime une singularité propre au droit administratif. Il ne s'agit pas tant de se prononcer sur un acte contractuel fixant les obligations respectives des

¹²¹ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *STORCH* (C.E., 3 février 1905), in *R.D.P.* 1905, p. 349. Cf. encore sa note sur l'arrêt *DEPLANQUE* (C.E., 31 mai 1907) où il approfondit son analyse : « *Par son contenu, le cahier des charges n'est pas un acte contractuel à l'égard du public. Pour le concessionnaire le cahier des charges, en tant qu'il organise le service public d'une manière générale et permanente, a la même nature juridique puisqu'il a le même contenu : c'est donc un acte réglementaire* » (in *R.D.P.* 1907, p. 681).

¹²² *Id.*, p. 350.

¹²³ Dans le dernier quart du XIX^e siècle, nombreux sont les auteurs qui adhèrent à la conception purement contractuelle de la concession de travaux publics. Il en est ainsi des généralistes tels Gabriel DUFOUR (*Traité général de droit administratif appliqué*, 1868-1870, 3^e éd.), Anselme-Polycarpe BATBIE (*Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 1885-1886, 2^e éd.), Édouard LAFERRIÈRE (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896, 2^e éd.), Gabriel DUCROCQ (*Cours de droit administratif*, 1897-1905, 7^e éd.) ou encore Jean-Baptiste SIMONET (*Traité élémentaire de droit administratif*, 1902, 4^e éd.) ; comme des spécialistes des travaux publics, tels Eugène PERRIQUET (*Traité théorique et pratique des travaux publics*, 1883), Léon AUCOC (*Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 1885-1886, 3^e éd.), Alfred PICARD (*Traité des chemins de fer*, 1887), Albert CHRISTOPHE (*Traité théorique et pratique des travaux publics*, 1889-1890, 2^e éd.), Georges LECHALAS (*Manuel de droit administratif. Services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, 1889-1898), Clément COLSON (*Abrégé de la législation des chemins de fer et tramways*, 1901, 1^{re} éd.), Henri PORÉE & Henry CUËNOT (*Des entreprises de travaux publics*, 1901), et Louis ENOU (*Traité théorique et pratique de droit administratif*, 1903).

parties, que de déterminer les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'administration peut être engagée relativement à la gestion de services publics concédés¹²⁴. Maurice DELAMAIN en fut tout à fait conscient. Pourtant, s'il admet qu'il y eût bien des avantages pratiques à rapprocher le procédé de la régie avec celui de la concession, « *cette considération ne [lui] paraît pas devoir modifier le caractère juridique même des actes* »¹²⁵. À l'inverse des précédents, il ne se décide pas à sortir du cadre contractuel. Il convient sans ambages que ces stipulations « *ne sont autre chose que les règles que [l'administration] poserait d'autorité elle-même si elle exécutait en régie* » ; « *ce sont des dispositions réglant la marche des services publics, des dispositions d'intérêt public* »¹²⁶. Pourtant, il les analyse pour ce qu'elles sont. Malgré leur destination particulière, elles ne cessent d'être partie au contrat de concession.

[Les stipulations d'intérêt public] sont des actes contractuels de gestion des services publics, faits en dehors des situations du droit commun par des procédés autre que ceux du droit commun. Nous les rangeons donc parmi les actes de gestion publique de l'administration¹²⁷.

Cela ne l'empêche pas de reconnaître la nature singulière de ces stipulations, en ce qu'elles participent d'un commerce spécifique au droit administratif. Pour contractuelles qu'elles soient, elles ne sont pas moins « *un véritable moyen d'administration* » qui « *assure la marche des services publics concédés au profit du public* »¹²⁸.

- 383.** Peu avant, Jean ROMIEU, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Segney-Tivoli*, adhère pareillement à cette conception : « *La puissance publique a stipulé dans [l']intérêt [des usagers] et en dehors de leur participation* »¹²⁹ ; « *Le contrat de concession a stipulé pour les citoyens, il leur réserve des droits, et charge l'Administration de les assurer* »¹³⁰. D'autres commissaires après lui ont entériné cette doctrine¹³¹. À vrai dire, cette approche ne diffère pas radicalement de celle des

¹²⁴ Cf. à cet égard la contribution de Léon DUGUIT, intitulée : « Les services publics et les particuliers » (*in* [collectif], *Premier congrès international des sciences administratives à l'exposition universelle et internationale de Bruxelles 1910...*, Section III. – Organisation générale des services publics, Bruxelles, Goemaere, 1910, [III-1-4], p. 8 sq.).

¹²⁵ DELAMAIN Maurice, *Les stipulations dans l'intérêt des tiers dans les contrats administratifs*, *op. cit.* (1910), p. 128.

¹²⁶ *Id.*, p. 138-139.

¹²⁷ *Id.*, p. 139.

¹²⁸ *Id.*, p. 279.

¹²⁹ ROMIEU Jean, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Segney-Tivoli* (C.E., 21 décembre 1906), *in* PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux des décisions du Tribunal des conflits et de la Cour des comptes* (collection MACAREL & LEBON), Paris, Larose (2^e série, t. 76 ; année 1906), p. 964.

¹³⁰ *Id.*, p. 965.

¹³¹ Gaston JÈZE ne manque pas de critiquer cette approche. Ainsi estime-t-il à l'endroit des conclusions de Georges TEISSIER, que pour être satisfaisantes au fond, la terminologie qui y est employée est inadaptée, presque contradictoire : « *Somme toute, le savant commissaire du gouvernement met en plein relief l'idée essentielle de la matière : l'art. 54 du cahier des charges est une disposition de nature juridique réglementaire. Mieux vaudrait donc ne pas employer les expressions de "contrat", "d'engagement contractuel", pour désigner cet art. 54 du cahier des charges* » (Note sur l'arrêt *Sieur POIRIER* (C.E., 15 novembre 1907), *in* R.D.P. 1909, p. 53-54). Peu de temps avant la Première Guerre mondiale, il dénonce toujours ces « *membres du Conseil d'État [qui] résistent encore à l'idée du*

trois professeurs précités. Si Maurice DELAMAIN réproouve la thèse réglementaire pour préférer la thèse contractuelle, il souligne en même temps leur convergence asymptotique. D'autant qu'elles parviennent toutes à assimiler la jurisprudence du Conseil d'État. Ce qui les différencie, ce sont les points de vue que chacune suppose. La première intègre les concessions dans une conception du droit administratif qui fait des services publics la mesure à l'aide de laquelle sont déterminés les rapports. Les usagers « *ne sont pas créanciers du concessionnaire* »¹³², mais les bénéficiaires d'un service dont ils sont susceptibles d'invoquer, à l'encontre de l'administration, les règlements qui en organisent le fonctionnement. La seconde thèse est plus casuistique. Elle s'attache à la spécialité des matières auxquelles ressortissent les concessions – travaux publics, voirie communale, services municipaux, *etc.* –, si bien que ce cloisonnement a contribué à leur conserver la nature pleinement contractuelle qui leur était jusqu'alors assignée. Elle opère bien un déplacement, en renonçant aux stipulations pour autrui pour reconnaître à certaines des clauses des concessions un caractère spécial au droit administratif. Cependant, ce réajustement fut tout indiqué par cette préoccupation de conserver les concessions à une analyse contractuelle. D'où l'emploi d'une terminologie vertement critiquée par Léon DUGUIT – celle de « *contrat collectif* »¹³³. Ce n'est pas dire que ceux qui s'y attachèrent eurent une intelligence bornée : à l'inverse des civilistes, ils appréhendèrent les concessions de service public comme un mode de gestion plutôt qu'une convention ordinaire. Pour autant – et cela se comprend aisément pour les membres du Conseil d'État –, ils ne subvertirent pas le cadre intellectuel et continuèrent à raisonner dans un modèle purement contractuel. Ces deux approches sont restées en concurrence jusqu'à ce que de nouvelles questions inclinent la doctrine administrative à abandonner, sinon à marginaliser la thèse purement contractuelle. Ce qui surprend, c'est que la thèse de Maurice DELAMAIN intervint précisément à ce moment. C'est-à-dire en 1910, lorsque la doctrine administrative et la jurisprudence du Conseil d'État entérinèrent une conception de la concession de service public propre à souligner l'empreinte institutionnelle. Cette inflexion dont il s'agit renvoie non pas à l'oblitération de l'effet relatif, mais à la remise en cause de l'immutabilité des obligations contractuelles.

caractère réglementaire du cahier des charges, [et qui] à la suite de M. ROMIEU, (...) parlent du contrat de concession. Naturellement, cette idée de contrat, une fois admise, est extrêmement gênante. S'il y a un contrat, on ne voit pas comment les usagers, qui ne sont pas les contractants, peuvent invoquer la violation d'un contrat pour intenter un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. Cet embarras apparaît dans les conclusions (...) développées par M. HELBRONNER devant le Conseil d'État [sous l'affaire MARC & BÉRENGER (C.E., 19 janvier 1912)] » (« Essai d'une théorie sur le fonctionnement des services publics », in R.D.P. 1912, p. 43).

¹³² *Id.*, p. 41.

¹³³ DUGUIT Léon, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics (à propos d'un récent arrêt du Conseil d'État, 21 décembre 1906, *Syndicat Croix de Seguey-Tivoli*) », in R.D.P. 1907, p. 430 *sq.*

Chapitre 3

L'immutabilité des concessions discutée : un modèle contractuel bouleversé

384. Plus encore que la question de l'effet relatif de la concession de service public, c'est celle de l'immutabilité de ses obligations qui a incité les administrativistes à prendre leurs distances avec le cadre contractuel, sinon à le considérer avec moins de rigueur. Ces derniers n'ont pas subitement entrepris une révolution copernicienne. S'ils ont effectivement modifié leur manière de l'appréhender, ce fut moins par l'effet d'un revirement abrupt que par un détour à travers le droit public. En étant confrontés à la concession sous des aspects particuliers à leur discipline, ils envisagèrent plus volontiers d'en bouleverser la conception en y associant des problématiques proprement publicistes (**section 1**). Ce n'est pas dire que les administrativistes découvrirent un modèle de la concession de service public. Seulement, ils évoluèrent dans la manière de la saisir, en insistant davantage sur le service concédé que sur l'opération de travaux publics. À cet égard, nous expliciterons le fait qu'ils n'ont pas acquis une connaissance plus intelligente de cette convention. Leurs prédécesseurs du XIX^e siècle l'ont conçue en considération du droit administratif tel qu'ils se le représentèrent, ainsi qu'en considération du contrat de concession dont l'objet évolua sensiblement entre les XIX^e et XX^e siècles (**section 2**).

Section première. – Les vicissitudes doctrinales d'une conception renouvelée du contrat de concession

385. **Les concessions de service public interrogées : du Palais Bourbon au Palais-Royal.** – Les questions qui firent dire à certains – au début des années 1910 – que les concessions de service public étaient frappées d'une crise¹³⁴, touchèrent essentiellement à la mutabilité de ces conventions. Elles ne surgirent pas seulement devant le Conseil d'État saisi au contentieux – nous pensons à l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* (1910). Peu avant en 1909, le parlement avait déjà admis

¹³⁴ Nous pensons en particulier à Maurice HAURIOU qui ouvre sa note sur l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* (C.E., 11 mars 1910) par ces mots : « *Il y a une crise du contrat de concession* » (*in Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 476). Cf. dans le même sens des auteurs qui se sont signalés en écrivant sur les concessions de services publics entre 1910 et 1914 : la thèse d'Eustache GAUDUCHEAU (*Le concessionnaire de service public et l'autorité concédante*, 1912) ou l'article de Gaston MONSARRAT paru à la *Revue générale d'administration* (« La crise du contrat de concession », 1914). Avec une analyse peut-être moins incisive, c'est encore en ce sens que tendent les thèses de Louis CHABANNE (*Des recours au profit du concessionnaire de service public*, 1912) et de Robert LAINVILLE (*Des modifications aux concessions de travaux publics en cours d'exécution*, 1914).

que les conditions d'exploitation des services concédés pussent être modifiées unilatéralement. Il le fit notamment en votant la loi du 21 juillet 1909, relative aux pensions de retraite des cheminots. Lors des débats qu'elle suscita, certains orateurs estimèrent – et avec beaucoup de vigueur – que les concessions n'étaient rien de plus que des contrats. C'est le cas de Raymond POINCARÉ, alors sénateur.

Une concession (...) est un contrat, et les conditions de ce contrat sont déterminées par le cahier des charges. Or, le cahier des charges des grandes compagnies de chemins de fer ne donne pas plus à l'État le droit de réglementer lui-même, d'office, de sa propre autorité, l'âge et les conditions des retraites, qu'il ne lui donne le droit de fixer les salaires.

Je ne dis pas (...) que cette modification puisse constituer une illégalité, puisqu'elle est faite par la loi elle-même ; mais, à mes yeux, elle est d'autant plus fâcheuse que le législateur peut précisément se la permettre avec impunité ; c'est le fait du prince dans ce qu'il a de plus arbitraire¹³⁵.

Dans l'Entre-deux-guerres, c'est une opinion d'Alexandre MILLERAND qui est souvent rapportée pour incarner cette thèse :

Comment ! un contrat est passé entre une compagnie et l'État, des difficultés s'élèvent sur l'interprétation du contrat entre les deux parties, et l'une des parties règle elle-même ces difficultés en interprétant toute seule le contrat ! Est-ce possible ? (...)

Il y a entre les assemblées et les gouvernements successifs une solidarité à laquelle personne n'a le droit de se soustraire. Quand des engagements sont pris au nom du pays, il ne dépend pas, suivant les changements de majorité ou suivant les changements d'opinion d'une même majorité, de revenir sur les contrats qui ont été passés, sur les engagements qui ont été pris et de les modifier, au gré de ses intérêts. (...)

Il n'est pas possible de laisser croire qu'à aucun moment il pourrait se trouver une majorité ou un Gouvernement pour trancher en vertu de sa seule volonté, et par un acte unilatéral, des difficultés soulevées à l'occasion d'un contrat¹³⁶.

Cette opinion est classique est intéressante au regard des contradictions qu'elle suscita. À rebours de ceux pour qui l'État est absolument lié par ses contrats¹³⁷, certains comme le ministre des finances Joseph CAILLAUX, développèrent une approche soucieuse de marquer une empreinte institutionnelle. « Une conception – à mes yeux, un peu surannée – (...) voit dans chaque administration de chemins de fer une affaire privée ». Bien au contraire, les compagnies ferroviaires « constituent un grand service public géré par une des collectivités auxquelles l'État délègue une part de son autorité et dont les agents ont

¹³⁵ *Annales du Sénat. Débats parlementaires*, session ordinaire de 1909, p. 575 (séance du 18 juin 1909).

¹³⁶ *Annales de la Chambre des députés. Débats parlementaires*, session extraordinaire de 1909, p. 1097 (1^{re} séance du 3 décembre 1909). Alexandre MILLERAND – alors ministre des travaux publics – défend cette opinion face à Jean JAURÈS, lors de la discussion d'un projet de loi relatif au rachat de la Compagnie des chemins de fer de l'Ouest par l'État.

¹³⁷ Cf. en ce sens deux des lettres communiquées par les grandes compagnies ferroviaires à la commission du Sénat chargée de l'examen de cette proposition de loi. Elles sont reproduites en annexe dans le rapport du sénateur Paul STRAUSS (25 mai 1908) (*Impressions du Sénat* ; annexe n° 117, p. 195 sq. – ces annexes ne sont reproduites ni dans le *Journal officiel. Documentaires parlementaires. Sénat*, ni dans les *Annales du Sénat. Documents parlementaires*).

par le fait même le droit de demander un statut à peu près égal ou à peu près semblable [à celui des fonctionnaires] »¹³⁸. D'ailleurs, ajoute-t-il, « les chemins de fer sont un service public [et seront], tôt ou tard, (...) gérés par l'État »¹³⁹.

- 386.** Louis ROLLAND – alors professeur à la faculté de Nancy – rapporta avec une perspicacité remarquable les implications juridiques de ces débats parlementaires. Les efforts pour isoler les concessions de service public du droit privé tout en les retenant à un schème contractuel, présentaient des inconvénients insurmontables. Ils permettaient difficilement d'accuser les événements législatifs dont les concessions de chemins de fer nationaux étaient l'objet.

Entre le concessionnaire et le concédant il y a bien quelque chose qui ressemble à un échange de consentements, il y a bien des obligations de part et d'autre, des engagements réciproques. Mais au moment d'appliquer ici les règles du contrat de droit privé, on s'aperçoit qu'il y a quelque chose de très spécial ; que, s'il y a un contrat, ce n'est pas un contrat ordinaire. On s'en tire en parlant de contrat *sui generis* et de contrat administratif. Mais cela ne veut pas dire grand-chose et la question reste entière¹⁴⁰.

Au même moment à propos des grèves des postiers, Gaston JÈZE vitupérait contre une locution insensée de son point de vue : celle de « *contrat de droit public* »¹⁴¹. La loi du 21 juillet 1909 incita à reconsidérer la nature de la concession afin d'admettre que l'une des parties pût en modifier unilatéralement les termes. Les difficultés soulevées par le statut juridique des usagers des services concédés avaient pu être appréhendées sans rejeter la nature contractuelle des clauses stipulées à leur profit. En revanche, l'intervention du législateur jusque dans l'exploitation matérielle des services concédés affaiblissait une conception purement contractuelle de la concession, rendue presque inefficace. Oblitérer l'immutabilité d'un contrat revient toujours à nier sa nature. C'est en développant une doctrine analogue à celles précitées de Gaston JÈZE et Léon DUGUIT, que Louis ROLLAND réévalue la nature de la concession. À l'instar du professeur bordelais¹⁴², il l'appréhende comme un mode de collaboration au service public, en concurrence avec le fonctionnariat.

¹³⁸ *Annales du Sénat. Débats parlementaires*, session ordinaire de 1909, p. 647 (séance du 25 juin 1909).

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ ROLLAND Louis, « Du droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics », in *R.D.P.* 1909, p. 527.

¹⁴¹ « *Le Conseil d'État parle d'un contrat de droit public liant les agents à l'administration et fait découler des droits et des obligations de ce contrat. – Nul n'a jamais su dire ce qu'était un contrat de droit public, si ce n'est que ce n'était pas un contrat comme tous les autres. Et dès lors, puisqu'un contrat est une catégorie juridique bien déterminée, dire qu'un acte n'est pas un contrat comme tous les autres, c'est dire qu'il ne rentre pas dans la catégorie juridique des contrats ; ce n'est pas un contrat* » (JÈZE Gaston, Note sur les arrêts *WINKELL* et *ROSIER* (C.E., 7 août 1909), in *R.D.P.* 1909, p. 501).

¹⁴² Léon DUGUIT entérine une approche identique : « *Au moment de la discussion au Sénat de la loi du 21 juillet 1909, on a dit que l'État ne pouvait faire semblable loi parce qu'elle violait le contrat de concession qui le liait. (...) C'était se placer sur un mauvais terrain ; l'État ne peut pas aliéner sa liberté de modifier la loi des services publics, même des services publics concédés* » (*Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing & C^{ie}, 1911 (2 vol.), t. 1, p. 174).

Le concessionnaire de travail public n'est en somme qu'un fonctionnaire nommé sur sa demande et rémunéré d'une manière spéciale. Ce que nous appelons le contrat de concession n'est en aucune manière un contrat ; c'est la loi relative à la manière dont il doit remplir sa fonction. (...)

La situation du concessionnaire de travail public n'est pas celle d'un contractant vis-à-vis de l'État. L'État lui a imposé en fait à peu près toutes les clauses du prétendu contrat. L'État s'est présenté comme agissant en vue d'organiser d'une certaine manière un service public ; et, pour ce faire, les gouvernants doivent pouvoir agir sans que leur volonté soit déterminée par une autre¹⁴³.

387. L'esquisse doctrinale de la concession, conçue comme l'institutionnalisation d'une collaboration à un service public. – En brisant le cadre contractuel, le professeur nancéen ne réverbère pas seulement les doctrines des deux derniers auteurs. Il fait preuve d'une originalité d'esprit par laquelle il s'évertue à saisir le propre de la concession, autrement que par la conception duguiste du droit objectif¹⁴⁴. À cet effet, il « [fait] *appel à une notion un peu spéciale, celle de collaboration* »¹⁴⁵.

Le concessionnaire ne contracte pas vraiment avec l'État. (...) Il est l'auxiliaire de l'administration. C'est un particulier qui collabore à la gestion d'un véritable service public sur la demande de l'administration. (...) Extérieurement l'acte intervenu a pris alors les apparences d'un contrat. Il semble qu'il y ait eu échange de consentements. En réalité, ces apparences sont trompeuses ; les gouvernants ont créé simplement une situation juridique au profit du concessionnaire par voie unilatérale. Pour le reste, il y a eu entre l'État et le concessionnaire un échange de consentements de même ordre que celui qui intervient entre l'État et un fonctionnaire. (...) Cette situation de collaborateur à un service public apparaît aussi comme intermédiaire entre la situation de simple particulier et celle de fonctionnaire. (...)

L'acte de concession n'est point un contrat, mais un acte organisant une collaboration à un service public¹⁴⁶.

Aussi cette conception amplifie-t-elle les doctrines originales de JÈZE, DUGUIT et HAURIOU par lesquelles ils ont oblitéré l'effet relatif des concessions de service public. La remise en cause de leur caractère contractuel est essentiellement indiquée par la démonstration de leur mutabilité, suivant les nécessités que leur imprime le service public. Louis ROLLAND accuse une thèse qui à l'époque où elle fut formalisée,

¹⁴³ ROLLAND Louis, « Du droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics », in *R.D.P.* 1909, p. 527-528.

¹⁴⁴ Il ne faut s'exagérer les différences qui opposent DUGUIT et HAURIOU dans leur manière d'appréhender les services publics. Le professeur ESPAGNO s'est attachée à le souligner dans cet article : « Une rencontre entre Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU : l'analyse institutionnelle du service public » (in [collectif], *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud MAZÈRES*, Paris, Litec, 2009, p. 333).

¹⁴⁵ *Id.*, p. 529. Cette idée n'est pas absolument inédite. Maurice HAURIOU avait également tenu des propos analogues, en définissant le caractère de la concession de service public comme un « *état de société* » entre l'administration concédante et le concessionnaire, impliquant « *une certaine collaboration* » (Note sur l'arrêt *BLANLEUIL c. VERNAUDON c. Ville d'Angoulême* (C.E., 14 février 1902) [1904], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 443). Cf. encore de cet auteur : *La gestion administrative* (Paris, Larose & Forcel, 1899, p. 63 sq.).

¹⁴⁶ ROLLAND Louis, « Du droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics », in *R.D.P.* 1909, p. 529.

n'était en rien hégémonique ; d'autres concurrentes s'imposaient davantage. Toutes tendaient à justifier les mêmes solutions pratiques, adoptées par le Conseil d'État dans les arrêts *STORCH* et *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*. Aussi certains administrativistes continuèrent-ils à donner leur préférence pour la thèse contractuelle – avec une gradation d'opinions¹⁴⁷. Si Louis ROLLAND trouva encore à employer sa doctrine à d'autres situations contemporaines¹⁴⁸, celle-ci nous paraît avoir été trop subversive pour être admise en substitution de la thèse classique. Elle représente à l'extrémité du spectre doctrinal, un essai brillant dont il ne faut pas cependant exagérer le succès. Avec des auteurs comme HAURIOU, DUGUIT et JÈZE, son appréhension s'imposa davantage dans l'Entre-deux-guerres.

- 388. L'assimilation par le Conseil d'État d'une conception institutionnelle de la concession, *via* la responsabilité de la puissance publique.** – Le revirement opéré par le Conseil d'État en 1910 – qui d'ailleurs est moins un revirement qu'une évolution graduelle qui emporta un basculement théorique – s'insère dans un sillon jurisprudentiel qui lui est propre. Cela étant dit, nous inclinons à penser que sa contemporanéité avec l'actualité législative n'est pas fortuite, voire même qu'il y a réagi pour se réapproprier une évolution dont le rythme lui échappait. Du reste, le Conseil d'État abrita en son sein des opinions divergentes, dont certaines – défendues en particulier par la section des travaux publics – soutenaient la possibilité pour l'administration de modifier unilatéralement le fonctionnement des services publics concédés. Son arrêt *Compagnie générale française des tramways* peut être analysé comme la consécration contingente d'une opinion controversée sur la nature des concessions. La mutabilité des concessions a été affirmée en corrélation avec le développement d'une responsabilité sans faute de la puissance publique. Aussi serait-il erroné de croire que cette juridiction – ou même Léon BLUM qui fut commissaire

¹⁴⁷ Nous pensons en particulier à Henry BERTHÉLEMY et, dans une moindre mesure, au professeur montpelliérain, Joseph BARTHÉLEMY, pour qui « la direction, l'organisation des services publics est une compétence, c'est-à-dire un devoir que l'État ne peut pas abdiquer. (...) Tout ce qui concerne, par conséquent, le bon fonctionnement du service public (...) reste dans la compétence de la personne administrative concédante. (...) Au contraire, il est un domaine dans lequel la personne administrative concédante est liée par le contrat : c'est tout ce qui touche à l'organisation des moyens internes employés par le concessionnaire pour atteindre ce but : servir le public. La personne administrative concédante peut toujours définir, préciser, modifier la fin, qui est le service public. Le concessionnaire reste maître des moyens, dans les conditions arrêtées, pour toute la durée de la concession, par l'acte qui l'établit. Ce domaine strictement contractuel, c'est tout ce qui touche les contrats que le concessionnaire lui-même est appelé à passer avec des tiers : agents ou fournisseurs. Des dispositions peuvent être prévues par le contrat de concession intéressant ces dernières personnes, mais elles ne sauraient être modifiées au cours de la concession par voie d'autorité, du moment qu'il ne s'agit plus d'apprécier et de satisfaire les besoins du public : au cours du contrat, l'administration concédante ne pourrait, sans excès de pouvoir, imposer à l'administration concessionnaire des règles nouvelles sur ses achats de charbons, ou sur les salaires ou pensions de ses ouvriers » (« Sur l'interprétation des lois par le Parlement : la rétroactivité des lois : l'État et le contrat », in *R.D.P.* 1911, p. 146-148).

¹⁴⁸ Cf. de Louis ROLLAND : « Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics » (in *R.D.P.* 1910, p. 116) & « La grève des agents d'un service public concédé » (in *R.D.P.* 1910, p. 504).

du gouvernement dans cette affaire – accéda purement et simplement aux thèses de JÈZE, DUGUIT et ROLLAND. Même si ces derniers se sont réjouis d'un tel arrêt. Il est plus pertinent – pour en faire voir les ressorts – de rapprocher l'arrêt précité d'une tendance à étendre la responsabilité de l'État à des hypothèses où celui-ci se manifestait en qualité de puissance publique. D'un côté, il corrobore une conception de la concession consacrée dans l'arrêt *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* ; de l'autre – ces deux aspects étant liés –, il accuse une jurisprudence favorable à l'élargissement de la responsabilité de la puissance publique¹⁴⁹. Si l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* autorise largement l'administration à modifier unilatéralement les conditions d'exploitation des services concédés¹⁵⁰, si en somme il admet que le cadre contractuel puisse être révisé à la seule initiative de l'administration, cela tient pour beaucoup à une responsabilité plus facilement engagée dans toutes ces hypothèses où l'administration cause un préjudice à ses contractants en usant de son pouvoir normatif, lors même qu'elle se contient dans la légalité¹⁵¹. Quoique LÉON BLUM débute ses conclusions en exposant comment il conçoit le « *contrat de concession* », la clef de voûte de son argumentation se trouve là où il justifie la mutabilité de la concession de service public.

Il s'agit uniquement de savoir ce qui peut être légalement exigé du concessionnaire. Il ne s'agit pas de savoir ce qui peut être exigé de lui contre un prix donné. Si l'économie financière du contrat se trouve détruite, si, par l'usage que l'autorité concédante a fait de son pouvoir d'intervention, quelque chose se trouve faussé dans cet équilibre d'avantages et de charges, d'obligations et de droits, (...) rien n'empêchera le concessionnaire de saisir le juge du contrat. Il démontrera que l'intervention, bien que régulière en elle-même, bien qu'obligatoire pour lui, lui a causé un dommage dont réparation lui est due. S'il estime (...) qu'ainsi un préjudice lui a été causé dont réparation lui est due, il demandera au juge du contrat de lui allouer une juste indemnité¹⁵².

L'idée qu'il se fait des services publics, comme d'une activité qu'il convient d'adapter suivant les besoins éprouvés par les usagers, n'a rien d'inédit. Celle suivant laquelle l'État ne peut se libérer de la responsabilité qui lui est échue, y compris lorsqu'il

¹⁴⁹ Cf. à cet égard : TEISSIER Georges, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Dupont, 1906, p. 196 sq. En outre plusieurs chroniques de Gaston JÈZE rendent compte de cette mutation du droit administratif – chroniques intitulées : « Responsabilité des patrimoines administratifs » (R.D.P. 1905, p. 562 ; 1910, p. 72 ; 1914, p. 583).

¹⁵⁰ Auparavant, les conditions de cette intervention étaient beaucoup plus contraignantes pour l'administration, ainsi que l'indique l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (C.E., 23 janvier 1903).

¹⁵¹ Nous pensons en particulier aux arrêts *NOIRÉ & BEYSSAC* (10 janvier 1908) et *Compagnie générale transatlantique* (19 novembre 1909), où il est question d'actes administratifs qui ne visent pas spécifiquement les contractants de l'administration. Nous pensons en outre aux arrêts *Compagnie des chemins de fer de Bône-Guelma* (4 août 1905) et *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres* (6 décembre 1907), où il est question d'actes administratifs modifiant directement le fonctionnement de services publics concédés.

¹⁵² BLUM Léon, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways* (C.E., 11 mars 1910), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 80 ; année 1910), p. 223.

concède la gestion d'un service public à une personne privée, s'apparente pour beaucoup – nonobstant les précédents jurisprudentiels – à quelques-unes des opinions relayées lors des discussions de la loi du 21 juillet 1909¹⁵³. S'il suggère une novation, c'est dirons-nous en systématisant un peu plus cette responsabilité de l'État au regard du fonctionnement des services publics.

Dans l'interprétation des textes de réglementation [relatifs aux transports publics concédés], le juge devra s'inspirer du principe qui domine, selon nous, la matière, c'est-à-dire que la responsabilité, et par suite l'autorité de l'État concédant, quand il s'agit d'un service public, ne s'arrête pas au jour de la concession, et du fait de la concession¹⁵⁴.

- 389.** Les conclusions de Léon BLUM se distinguent avant tout parce qu'elles donnent une expression explicite et systématique à une doctrine dont les témoignages étaient jusqu'alors éparés, diffus et de valeur diverse – qu'il s'agisse d'arrêts dont les conclusions sont restées inédites, de conclusions publiées mais où la question y était envisagée de biais, ou bien de textes publiés par des membres du Conseil d'État mais n'engageant qu'eux-mêmes. Il confère à cette doctrine une autorité certaine en lui procurant une référence authentifiée : à savoir les conclusions elles-mêmes, consacrées en quelque sorte par le Conseil d'État qui les a suivies dans son arrêt de principe. Ainsi par exemple, Georges TEISSIER développe en 1906 des propos très similaires à ceux de Léon BLUM.

Un acte administratif, même légal, même régulier, peut entraîner à la charge de la puissance publique de sérieuses responsabilités financières, toutes les fois qu'il modifie les bases mêmes d'un contrat, c'est-à-dire les conditions en considération desquelles il a été passé et dont le maintien pouvait être légitimement escompté par les parties¹⁵⁵.

¹⁵³ Nous laissons le lecteur en apprécier la comparaison, en rapportant les propos pertinents de Léon BLUM : « L'État ne peut pas se désintéresser du service public de transports une fois concédé. Il est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public. La concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte, elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement. L'État reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens. (...) L'État interviendra donc nécessairement pour imposer, le cas échéant, au concessionnaire, une prestation supérieure à celle qui était prévue strictement, pour forcer l'un des termes de cette équation financière qu'est, en un sens, toute concession, en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique » (*id.*, p. 218).

¹⁵⁴ *Id.*, p. 220.

¹⁵⁵ TEISSIER Georges, *La responsabilité de la puissance publique*, *op. cit.* (1906), p. 199. Il faut préciser que cet auteur avait auparavant tempéré les termes de cette doctrine pour ne l'admettre que dans un cadre assez strict (*cf.* ses conclusions sous l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*, 1903). Le Conseil d'État avait même infirmé le sens de ses conclusions dans une affaire analogue (*cf.* l'arrêt *Société de navigation marseillaise*, 1904). Dans son ouvrage précité, ses propos ont sensiblement évolué pour perdre en inflexibilité et gagner en hauteur de vue. Cela dit il ne s'agit pas tant d'un ouvrage théorique où l'auteur y eût développé des opinions personnelles, que de la reproduction d'un article du *Répertoire Béquet* – c'est-à-dire un répertoire destiné aux praticiens. À ce titre, Georges TEISSIER y rend compte avant tout de la jurisprudence administrative, tout en l'enchâssant dans un cadre théorique qui fit le succès de cet ouvrage, mais dont l'originalité ne doit pas être exagérée. Le succès avéré de cet ouvrage nous semble être déterminé par le fait que son auteur y a explicité une problématique en pleine évolution, assez peu considérée par la doctrine administrative. À cet égard il devint très vite une référence doctrinale ; et une

Plus loin, il justifie une doctrine en tout point analogue à celle consacrée dans l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* :

Les conditions de l'exploitation sont l'objet même du contrat de concession et la base des obligations contractuelles de l'État. Il se peut donc que l'usage des pouvoirs réglementaires par l'administration, légal en lui-même, puisse aggraver les conditions d'exécution du contrat : aussi la jurisprudence décide-t-elle que la question de légalité des actes réglementaires devra être portée devant le juge de l'excès de pouvoir qui l'examinera en elle-même, indépendamment des dispositions contractuelles, et que la question de la modification apportée aux dispositions du contrat sera portée devant le juge du contrat. (...) Même quand la mesure critiquée est légale en elle-même, même quand elle a été régulièrement prise par l'autorité compétente dans la limite des pouvoirs qui lui sont dévolus pour améliorer le service et assurer les intérêts du public, si le juge du contrat estime qu'elle est contraire aux dispositions du traité et à l'intention commune des parties au point de vue de l'équilibre de leurs obligations respectives, il pourra allouer au concessionnaire une indemnité qui devra correspondre à la charge résultant pour lui de l'aggravation de service imposée¹⁵⁶.

Jean ROMIEU sous l'affaire *Compagnie des chemins de fer de l'Est* (1907)¹⁵⁷ ou encore Joseph TARDIEU sous l'affaire *NOIRÉ & BEYSSAC* (1908)¹⁵⁸ firent montre d'opinions analogues. Le premier se réfère à la même jurisprudence que Georges TEISSIER dans son ouvrage précité : l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de Bône-Guelma* (1905). Il est vrai que cet arrêt ne reçut qu'un accueil discret. Peut-être est-ce dû au caractère extra-métropolitain de l'espèce – cette compagnie se trouvait au Maghreb. D'ailleurs en rapportant l'arrêt *Compagnie générale transatlantique* (1909), Gaston JÈZE y vit l'énigme application d'une jurisprudence à laquelle l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* ne conféra qu'un plus grand éclat.

À maintes reprises, le Conseil d'État a déclaré que la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs n'était pas engagée par les *actes législatifs ou réglementaires*.

Toutefois, *en se plaçant sur le terrain du contrat et des intentions exprimées ou présumées des parties contractantes*, le Conseil d'État a, depuis longtemps, admis que l'administration doit indemniser ses fournisseurs, entrepreneurs et concessionnaires au cas où un *acte législatif ou réglementaire* rend plus onéreuse l'exécution du contrat et qu'il n'a pas pu être dans les intentions présumées

référence d'autant plus signalée qu'elle fut le fait d'un membre du Conseil d'État averti sur ces questions. Il faut néanmoins indiquer que plusieurs thèses furent entreprises concomitamment sur ce sujet. Nous pensons à celles de Paul TIRARD (*De la responsabilité de la puissance publique : essai d'une théorie générale*, 1906), Adelbert BIGOT D'ENGENTE (*De la responsabilité pécuniaire de l'État en matière d'actes de puissance publique*, 1907) et Jean SOURDOIS (*De l'évolution, du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'État agissant dans l'exercice de la puissance publique*, 1908).

¹⁵⁶ *Id.*, p. 204-206.

¹⁵⁷ Cf. ses conclusions dont un extrait pertinent est reproduit dans le *Recueil Lebon* (2^e série, t. 77 ; année 1907, p. 918).

¹⁵⁸ Cf. ses conclusions dont un extrait pertinent est reproduit dans le *Recueil Lebon* (2^e série, t. 78 ; année 1908, p. 21).

des parties contractantes d'imposer sans indemnité ce surcroît de charges aux fournisseurs, entrepreneurs, concessionnaires¹⁵⁹.

390. Ainsi la renommée de l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* nous semble-t-elle déterminée par la configuration d'une espèce où la responsabilité de la puissance publique – en matière contractuelle – fut systématisée à la faveur d'un contrat dont les caractères étaient en débat, plutôt que par la nouveauté de la solution¹⁶⁰. Son intérêt ne réside pas tant dans une solution prétendument originale, mais dans la consécration d'une thèse déjà esquissée, à travers le prisme d'un contrat singulier qui lui conféra une signification nouvelle. Celle-ci fut comme transfigurée au contact d'un contrat qui en fit voir toute la portée, en même temps que par rétroaction, elle influait sur la manière de se représenter la concession de service public. En présentant la responsabilité de l'État, Léon BLUM esquisse « *un droit de réglementation (...) indépendant du contrat, puisqu'il a pour objet final d'assurer, quoi qu'il en ait été convenu, quoi qu'il arrive, l'exécution normale du service public* »¹⁶¹. Pour sa part, Gaston JÈZE discerna les caractères de la concession de service public en développant les termes d'une responsabilité plus largement admise. Il n'y a rien de surprenant à ce qu'il intitule sa note correspondante à l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* : « Nature juridique de la concession de service public ».

1° Le cahier des charges n'est pas un bloc contractuel.

2° Toutes les clauses de ce cahier relatives à l'organisation du service ont un caractère légal ou réglementaire. (...)

3° L'agent administratif investi du pouvoir réglementaire peut modifier les clauses réglementaires dès que l'intérêt public l'exige. (...)

5° Si l'obligation du concessionnaire de faire fonctionner le service public se trouve plus onéreuse du chef de cette prescription réglementaire nouvelle, le concessionnaire a le pouvoir de réclamer une indemnité, ou même, si le service se trouve considérablement changé, de demander la résiliation avec indemnité¹⁶².

¹⁵⁹ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Compagnie générale transatlantique* (C.E., 19 novembre 1909), in R.D.P. 1910, p. 78-79.

¹⁶⁰ Gaston MONSARRAT – sous-chef de bureau au ministère de l'intérieur – souligne aussi cette nouveauté en trompe-l'œil : « *Cet arrêt contient-il une doctrine nouvelle ? L'affirmation n'est pas douteuse si on le rapproche d'un arrêt du 23 janvier 1903 (Chem. de fer économiques du Nord) aux termes duquel "le nombre de voyages fixé par un article du cahier des charges d'une concession constitue un minimum contractuel qui ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties". (...) Toutefois on peut faire remarquer que, dès 1905, par un arrêt du 4 août, la haute assemblée avait reconnu au gouvernement général de l'Algérie le pouvoir de réglementer dans un intérêt de sécurité publique les conditions du travail des agents des trains et des gares d'un chemin de fer d'intérêt local, bien que cette réglementation eût introduit dans les charges de l'exploitation un élément nouveau portant atteinte aux conventions intervenues. (...) Ce principe a été mis en évidence d'une manière toute particulière par la décision du 11 mars 1910 ; mais, à note ravis, il aurait inspiré, à toute époque, le Conseil d'État si la haute assemblée avait eu l'occasion d'en faire application* » (« La crise du contrat de concession », in R.G.A. 1914, III, p. 39-40).

¹⁶¹ BLUM Léon, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways* (C.E., 11 mars 1910), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 80 ; année 1910), p. 222.

¹⁶² JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways* (C.E., 11 mars 1910), in R.D.P. 1910, p. 275-284.

Cette convergence des enjeux est également relevée par Maurice HAURIOU, pour qui la théorie du fait du prince jusqu'alors employée pour justifier ce régime de responsabilité, n'est qu'une « *catégorie juridique provisoire* » propre à recueillir des hypothèses insolites, dans l'attente d'être appréhendées par une conception idoine.

Dans [l'arrêt *Compagnie générale française des tramways*], il y a avantage à rapporter l'évolution de la jurisprudence à une nouvelle conception de l'opération de concession de travaux publics, qui devient de plus en plus une concession de service public, dans laquelle la préoccupation de l'amélioration constante du service devient dominante, et où la *réglementation du service* se fait une place prépondérante à côté du contrat, plutôt que de la rapporter à la notion amorphe et sans intérêt pratique du *fait du prince*, qui vise, non pas la *réglementation d'un service* déterminé, mais la réglementation en générale¹⁶³.

Cet arrêt aurait en quelque sorte aidé à la transfiguration doctrinale de la concession de service public. Il permet de situer rétrospectivement les arrêts des années précédentes dans une perspective qui donne à voir une évolution que Maurice HAURIOU résume ainsi : « *Le contrat de concession n'a plus la rigidité qu'on lui attribuait dans les premiers temps. (...) On ne croit plus que la situation résultant d'une concession de service public soit entièrement contractuelle* »¹⁶⁴. Si bien qu'à son point de vue, la concession n'est plus tant « *l'instrument régulateur de l'exploitation du service concédé* », que « *l'instrument compensateur des pertes que le concessionnaire pourrait subir du fait que la réglementation du service est passée aux mains de l'Administration* »¹⁶⁵.

- 391. Le contrat de concession traversé par les pouvoirs réglementaires : une réaction aux concessions monopolistiques.** – La concession de service public, dont la locution même commence à se généraliser à partir de 1905-1906, n'est pas un concept qui s'est progressivement développé comme si, depuis toujours, il comprenait en son sein les termes de son épanouissement. Sa genèse fut intimement liée à l'essor de la responsabilité de la puissance publique, elle-même liée à la conception de l'État et de la personnalité morale en droit public. De ce point de vue, les concessions de travaux publics furent le creuset d'essais doctrinaux où la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion ne fut pas tant écartée que réaménagée. La coexistence de ces deux sortes d'actes au sein de la concession incita la doctrine administrative à discuter de la pertinence de cette opposition pour bouleverser l'appréhension de ce contrat, si bien qu'elle évolua avec celui-ci. Un article d'Henri RIPERT – auditeur au Conseil d'État – en rendit compte, quoiqu'en exagérant ce qui fut moins un renversement qu'une mutation latente.

¹⁶³ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways* (C.E., 11 mars 1910) [1911], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 478.

¹⁶⁴ *Id.* p. 476.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 480.

On a distingué, pendant longtemps, dans la vie administrative deux domaines que l'on présentait comme séparés par une sorte de cloison étanche, le domaine de la police et le domaine de la gestion ; d'un côté, le pouvoir de commander, l'acte d'autorité accompli par les différentes autorités administratives en vertu de leurs pouvoirs de puissance publique ; de l'autre, le pouvoir de contracter et de s'obliger dans l'intérêt des services publics, l'acte de gestion accompli par ces mêmes autorités en leur qualité de représentants ou d'organes d'une personne morale¹⁶⁶.

Assez justement, cet auteur rapporte à cette conception la responsabilité pécuniaire de l'administration pour les actes de gestion, corrélatrice de l'irresponsabilité pour les actes de police ; ainsi que l'indisponibilité des pouvoirs de police pour les administrations contractantes. C'est en cela que l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (1903) attira l'attention de Maurice HAURIOU. Il y vit une question interrogeant les « rapports qui s'établissent entre les Administrations et leurs concessionnaires de services publics, lorsque les Administrations entendent se servir vis-à-vis de ceux-ci de leurs pouvoirs réglementaires de police »¹⁶⁷. Ainsi que s'efforce à le démontrer Henri RIPERT, cette question est indissociable des jurisprudences relatives aux situations monopolistiques des services municipaux. Le développement des concessions de travaux publics fut si dépendant de l'exercice de la police domaniale que permissions de voirie et contrats de concession furent *in facto* solidaires de la même opération.

Le mouvement jurisprudentiel moderne tend à révéler les rapports nécessaires qui existent entre le domaine de la police et celui de la gestion qu'une analyse rigoureuse avait jusqu'à présent séparés trop complètement. Il y a encore de la puissance publique dans la gestion, et il peut y avoir de même de la gestion dans les actes de puissance publique¹⁶⁸.

Ces vicissitudes doctrinales sont remarquablement bien explicitées par Maurice HAURIOU, lorsqu'en 1910 il s'explique la crise du contrat de concession : les représentations doctrinales ont accompagné les mutations qu'a connues le modèle économique des concessions¹⁶⁹.

¹⁶⁶ RIPERT Henri, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », in R.D.P. 1905, p. 5.

¹⁶⁷ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (C.E., 23 janvier 1903) [1904], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 459-460.

¹⁶⁸ RIPERT Henri, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », in R.D.P. 1905, p. 7-8.

¹⁶⁹ « Il n'est pas douteux que nous n'envisageons plus ce contrat comme on l'envisageait en 1840. À cette époque déjà lointaine, aux débuts des entreprises de chemins de fer, d'omnibus et tramways, d'éclairage au gaz, les concessionnaires étaient considérés comme rendant aux administrations publiques un signalé service, en consentant à assumer les aléas d'entreprises que les administrations n'auraient jamais assumées elle-même. Le caractère forfaitaire du contrat apparaissait avec beaucoup de force, on était plus frappé des risques courus par le concessionnaire et de la nécessité de ne pas diminuer ses chances de gain que de l'intérêt même du service public. (...) Le temps écoulé a singulièrement modifié les perspectives ; les bénéfices réalisés par certains concessionnaires, le sans-gêne avec lequel certains d'entre eux ont traité le public, la résistance qu'ils ont opposée aux demandes d'amélioration les plus raisonnables, le fait que les administrations publiques se sentiraient maintenant la force de prendre en régie, ou tout au moins en régie intéressées, les entreprises concédées, toutes ces circonstances ont rendu beaucoup moins bonne la situation des concessionnaires. La préoccupation d'améliorer le service et de pouvoir l'améliorer constamment a grandi, tandis que celle de ménager la situation du concessionnaire a diminué. On est entré dans cet état d'esprit que nous

392. Les difficultés presque insolubles qui ont affecté l'aliénation de la police domaniale ont conduit à penser autrement l'association entre la gestion des services publics communaux et l'exercice des pouvoirs de police. Cette association a d'ailleurs largement contribué à étendre la responsabilité de la puissance publique jusqu'à des hypothèses alors exclues. Le caractère contractuel de la concession ayant été exacerbé à partir du second XIX^e siècle, la conception qui en fut donnée se prêta malaisément à rendre compte de l'exercice d'un pouvoir de police dans le cadre des services concédés. La compénétration de deux ordres de considérations, présentés comme antinomiques – la police et la gestion –, a donné à s'interroger sur la concession pour en adapter la nature. Celle-ci a été compliquée d'un aspect institutionnel afin de mieux sertir les caractères d'un véritable acte de collaboration – pour reprendre l'expression de Louis ROLLAND (1909). Pour avoir été éclipsé par l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* (1910), l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (1903) n'en est pas moins déterminant, dans la mesure où il révèle les efforts casuistiques pour tordre les concepts classiques avec les solutions pratiques recherchées. Peu avant, les litiges récurrents entre les municipalités et les concessionnaires relativement au respect des monopoles concédés, avaient conduit le Conseil d'État à promouvoir une jurisprudence liant l'exercice du pouvoir de police aux contrats, d'une manière qui préfigurait celle sur l'exercice du pouvoir réglementaire relatif au fonctionnement des services publics. À propos de « *la sanction du monopole conféré* », Henri RIPERT tient ces propos :

La jurisprudence a bien admis (...) que la violation des engagements relatifs à la police pût être la source d'indemnités pécuniaires, mais elle n'a pas admis que l'acte de police pût être annulé et qu'ainsi le pouvoir contractant pût lier radicalement la puissance publique¹⁷⁰.

C'est avec clairvoyance que cet auteur lie ces questions en engageant dans la même perspective celle des « *rapports qui s'établissent entre les pouvoirs de police et les pouvoirs contractuels de gestion dans la gestion des services publics* »¹⁷¹. Car il accuse un peu plus la compénétration entre le pouvoir réglementaire de l'administration et la liberté contractuelle de mise dans les concessions de service public.

393. **De la subversion du cadre contractuel de la concession à la formalisation doctrinale d'un acte inédit.** – En s'évertuant à écarter l'autorité d'un avis de la section des travaux publics du Conseil d'État (21 mai 1901), Georges TEISSIER,

traduirons en disant que le public n'a pas à souffrir de ce qu'un service public est concédé au lieu d'être exploité en régie ; on cherche à rendre l'exploitation du service aussi souple, aussi adaptée aux besoins variables du public que s'il n'y avait pas de contrat » (HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways* (C.E., 11 mars 1910) [1911], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 480).

¹⁷⁰ RIPERT Henri, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », in *R.D.P.* 1905, p. 35.

¹⁷¹ *Id.*, p. 35-36.

commissaire du gouvernement sur l'affaire *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*, distingue deux sortes de police.

[Le droit de modifier les horaires des trains dans l'intérêt du public] n'est pas un de ces droits de police impartis à l'État par la nature des choses, impératif, inaliénable, en quelque sorte, comme l'est par exemple le droit de police qu'il exerce dans l'intérêt de la sécurité publique. C'est un droit que l'État n'exerce que parce qu'il lui est attribué par un texte, pas même législatif, mais simplement réglementaire : ce droit, qui ne dérive pas de ses pouvoirs essentiels, de ses pouvoirs de souveraineté, mais de sa qualité de mandataire ou plutôt de « *negotiorum gestor* » des intérêts du public. L'État peut y renoncer en tout ou en partie¹⁷².

Tout en discutant la nature de ce pouvoir, il admet un temps qu'il puisse être réglementaire pour considérer, le cas échéant, que ce droit « *pourrait être abandonné ou tout au moins réduit ou réglementé conventionnellement* »¹⁷³. C'est sous ce point de vue que Maurice HAURIOU réceptionne cet arrêt, en discernant ce qui spécifie la police d'ordre public et la police de gestion des services publics – distinction qui n'a, précise-t-il, d'influence que sur « *la possibilité de la renonciation au droit, et aussi sur certaines relations entre les administrations et leurs concessionnaires de services publics* »¹⁷⁴.

Ces précisions faites, la distinction de la police de l'ordre public et de la police de la gestion va nous être extrêmement commode pour introduire un peu de clarté dans la région si obscure où se combinent les stipulations contractuelles des concessions de services publics et les pouvoirs réglementaires de l'Administration¹⁷⁵.

En explicitant les desseins de Georges TEISSIER, le professeur toulousain ne dissimule pas les implications de cette doctrine. Celle-ci tend à favoriser une compénétration plus harmonieuse entre les actes contractuels et les actes réglementaires. La dichotomie entre les actes d'autorité et les actes de police peut paraître affaiblie ; c'est plutôt qu'en son sein se redéploient les perspectives qui l'organisaient. Cela n'est qu'un aspect secondaire, sauf à montrer ce qu'elle a de trop rigide pour saisir une opération aussi complexe qu'est la concession de service public. Plus tard, Gaston JÈZE estima que cet arrêt fut une « *solution moyenne* »¹⁷⁶ entre la thèse suivant laquelle « *la concession est, pour tous ses éléments, un acte contractuel* », et celle suivant laquelle « *il faut distinguer, dans la concession de service public, distinguer l'acte légal ou réglementaire d'organisation du service public, et l'acte contractuel de concession* »¹⁷⁷. En un sens,

¹⁷² TEISSIER Georges, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (C.E., 23 janvier 1903), in PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 73 ; année 1903), p. 65.

¹⁷³ *Id.*, p. 67.

¹⁷⁴ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (C.E., 23 janvier 1903) [1904], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 464.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways* (C.E., 11 mars 1910), in R.D.P. 1910, p. 273.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 271-272.

cela est exact. Cependant nous pensons qu'elle n'est pas une thèse de transition, quoique le Conseil d'État fit ultérieurement évoluer sa position. Le point de vue rétrospectif qu'il adopte lui fit occulter la contingence de la jurisprudence administrative. La doctrine consacrée par Georges TEISSIER n'est pas une transaction temporaire entre deux thèses inconciliables ; au contraire elle traduit l'intention résolue d'organiser par le biais du contrat la latitude dont l'administration a besoin dans ses rapports avec ses concessionnaires. En somme il s'est agi par cet arrêt de contractualiser la responsabilité de l'administration pour la gestion des services publics.

Si le service est concédé, les actes par lesquels s'exerce la police du service tomberont au milieu de la situation de gestion créée entre l'Administration et son concessionnaire, et deviendront des éléments de cette situation, par conséquent des actes de gestion¹⁷⁸.

Cela emporta des répercussions sur le régime contentieux des actes administratifs, selon qu'ils ressortissent à l'une ou l'autre de ces deux polices.

Les mesures réglementaires imposant au concessionnaire des obligations nouvelles (qui dépassent celles du cahier des charges) ne peuvent être annulées s'il s'agit de la police d'ordre public, parce qu'elles constituent un *fait du prince*, mais elles donnent lieu à indemnité ; s'il s'agit de la police de la gestion du service public, les mesures réglementaires imposant des obligations nouvelles peuvent être annulées parce qu'elles ne constituent pas un *fait du prince*¹⁷⁹.

La concession de service public contient des aspects hétérogènes au point de vue de la distinction classique entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Celle-ci est oblitérée par quelques auteurs pour mieux appréhender la complexité de la concession. Ces efforts ont été consécutifs de l'affaiblissement de cette distinction en précipitant sa métamorphose. Le cadre contractuel qui rend compte de la concession trouvait sa pertinence à une époque où le statut des usagers vis-à-vis des services concédés n'avait pas encore été mis à la question. Maurice HAURIOU était tout à fait en rapport avec l'idée qu'il se fait de la concession de service public, lorsqu'en commentant l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* il la présente comme l'adjonction de deux contrats¹⁸⁰. C'est ce qui lui fera dire à propos de l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* qu'elle traversait une crise. Celle-ci consista dans la réduction du rôle du concessionnaire à celui d'un collaborateur de l'administration, mobilisant des capitaux pour le service concédé, sans pour cela en maîtriser le fonctionnement soumis à la réglementation de l'administration.

¹⁷⁸ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord* (C.E., 23 janvier 1903) [1904], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 464.

¹⁷⁹ Id., p. 469. Dans le même sens, cf. RIPERT Henri, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », in *R.D.P.* 1905, p. 38.

¹⁸⁰ Cf. une autre des notes de Maurice HAURIOU, publiée la même année (1904) à propos de l'arrêt *BLANLEUIL & VERNAUDON c. Ville d'Angoulême* (C.E., 14 février 1902) (in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 443).

394. Cette inclination n'avait rien d'inéluctable, comme d'un processus enfin parvenu à maturité en 1910. Certes en 1907, Maurice HAURIOU reconnaissait qu'avec l'arrêt *DEPLANQUE* « le juge administratif [avait mis] la main sur l'opération de concession »¹⁸¹ – évolution annonçant la socialisation de la concession¹⁸². Pourtant le modèle esquissé au début des années 1900 ne manquait pas de cohérence. Ce fut dans la seconde moitié de cette décennie que la concession de service public, confrontée à l'immixtion de l'usager (*Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, 1907), l'intervention du juge administratif dans le règlement des contentieux (*DEPLANQUE*, 1907), et l'intrusion de l'administration dans le fonctionnement des services concédés (*Compagnie générale française des tramways*, 1910), perdit de son caractère contractuel pour se rapprocher – à l'instar de Louis ROLLAND – d'un modèle de collaboration, proche du fonctionnariat. Cette évolution doit beaucoup – ce nous semble – aux critiques faites à l'encontre de l'immuabilité des concessions, impropres à permettre au progrès technique et scientifique de se propager. Eustache GAUDUCHEAU en atteste dans sa thèse de doctorat :

Depuis quelques années un courant d'opinion semble se dessiner contre la concession.

Plusieurs raisons expliquent cette défaveur de la concession : (...) surtout on reproche à la concession de gêner le développement économique du pays, de paralyser toute amélioration du service.

En effet, pour être avantageuses vis-à-vis de l'administration concédante, les concessions doivent porter sur un certain nombre d'années, en général 90 ans. Pendant ce temps l'État va-t-il pouvoir modifier l'organisation du service et par voie de conséquence la situation du concessionnaire, afin de faire profiter les administrés de progrès réalisés

¹⁸¹ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *DEPLANQUE c. Ville de Nouzon* (C.E., 31 mai 1907) [1907], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 450.

¹⁸² Maurice HAURIOU s'était déjà attaché à viser dans la jurisprudence administrative les indices permettant de caractériser les concessions de service public, moins comme un contrat dont les clauses eussent suffi pour son interprétation, mais plutôt comme un contrat pénétré des intérêts du service concédé. « Nous ne voudrions pas trop presser le sens de cette réflexion du Conseil d'État, mais il nous semble qu'elle contient le germe d'un principe d'interprétation des contrats administratifs que l'on pourrait appeler le principe "de la bonne administration". Il signifierait qu'à moins de stipulation bien formelle, les administrations publiques ne doivent pas être censées avoir sacrifié les intérêts des contribuables ni ceux du public, qu'elles doivent être présumées avoir fait la meilleure opération possible. (...) Cela revient à dire que, lorsque l'Administration stipule dans un contrat relatif aux services publics, ce n'est ni dans son propre intérêt, ni dans celui de son contractant, mais dans celui de la bonne administration. (...) [Le Conseil d'État] en vient à signaler lui-même l'existence de ce quelque chose de particulier, de cet aliquid novi que l'on remarque dans l'exécution des services publics ou dans celle des contrats administratifs qui s'y rattachent. Ce quelque chose, il ne le définit pas encore, mais il le sent, il se rend compte que l'exécution d'un service public n'est pas une opération ordinaire, ni une affaire privée » (Note sur l'arrêt *Compagnie parisienne du gaz c. Ville de Paris* (C.E., 12 mai 1900) [1901], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 562-563). Peu après, il ajoute dans le même sens : « 1° Les Compagnies de l'éclairage au gaz ont fait reconnaître leur privilège pour l'éclairage n'importe par quel moyen ; 2° Mais ce privilège n'est pas à leur profit unilatéral, il a quelque chose de bilatéral ; en même temps qu'il constitue un monopole pour elles, il constitue pour les villes un service public ; il est à double face, monopole d'un côté, service public de l'autre ; 3° Or, tout service public demande à être assuré et assuré pour le mieux, car l'Administration, c'est la bonne administration » (Note sur l'arrêt *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen c. Commune de Déville-lès-Rouen* (C.E., 10 janvier 1902) [1902], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 568).

dans le domaine de la science, ou dans le seul but d'apporter une amélioration dans le fonctionnement du service ?

Il semble bien que l'État doive posséder un tel pouvoir, sans quoi la concession ne serait qu'un procédé d'exploitation très défectueux, comme entravant la marche déjà si lente du progrès et ne permettant pas de tenir suffisamment compte des besoins nouveaux des administrés¹⁸³.

Nous pourrions discerner deux séquences, dont la séparation est comme marquée par la consécration officielle de la locution « concession de service public », en 1910¹⁸⁴. Jusque vers le milieu des années 1900, la concession est plutôt envisagée du point de vue de la domanialité publique et des travaux publics. Rapprochée des marchés de travaux publics, elle fait s'interroger sur la manière dont l'administration est à même d'aliéner ses prérogatives de police domaniale pour servir des entreprises de travaux publics. Quelques années plus tard, plusieurs administrativistes préfèrent parler de concessions de service public. Tant et si bien que l'accent est porté sur la mutabilité du service public dont il s'agit d'adapter le fonctionnement, plutôt que sur le modèle économique défini pour la réalisation de travaux publics. C'est dans la sixième édition de son *Précis de droit administratif* (1907) – celle où il fait part de ses premières réflexions sur la théorie de l'institution, cela n'est pas fortuit – que Maurice HAURIOU augmente considérablement ses réflexions sur la nature de cette convention. Au sujet de la définition usuelle de la concession de travaux publics, il affirme :

Cette définition est surtout établie en vue de faire ressortir la différence qu'il y a entre la concession de travaux publics et le marché de travaux à l'entreprise. (...)

Mais cette définition n'accorde pas assez d'importance à l'élément de service public qu'il y a dans l'opération ; de plus, elle a l'inconvénient de présenter comme entièrement contractuelle une situation, qui est certainement en partie institutionnelle. Il y a dans la concession de travaux publics, création par un acte d'autorité, d'un état de choses particulier qui est l'état de service concédé et qu'il faut rapprocher de la création ou de

¹⁸³ GAUDUCHEAU Charles, *Le concessionnaire de service public et l'autorité concédante (étude de jurisprudence)*, Rennes, Imprimerie Caillot & fils, 1912 (thèse de doctorat, faculté de Rennes ; présidée par ARTUR, professeur de droit administratif), p. 14-15. Cet auteur ajoute par dérision : « Il suffit de supposer que tous les services publics aient été concédés en 1814, et de songer à tous les progrès réalisés depuis, principalement dans le domaine de l'éclairage et des transports, progrès qui pourtant ne seraient que purement théoriques si l'on reconnaissait à la concession un caractère intangible dans son ensemble. L'État eût-il concédé, à titre exclusif le service public de transport en commun à une entreprise de diligence nous devrions encore nous contenter de ce mode de locomotion, bien que depuis longtemps la traction à vapeur sur rails soit connue et pratiquement réalisée » (*id.*, p. 15).

¹⁸⁴ Maurice HAURIOU note que c'est le décret du 31 mai 1910, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de l'article 96 de la loi du 8 avril 1910 modifiant l'organisation de la juridiction contentieuse du Conseil d'État, qui emprunte pour la première fois cette locution. Son article 3 dispose en effet que « les affaires que la section du contentieux, en audience publique, peut juger (...) sont celles concernant : les marchés de travaux publics ou de fournitures autres que les marchés portant concession de travaux ou de services publics » (*Journal officiel* 1910 (1^{er} juin), n° 147, p. 4670). Lui-même utilise cette locution pour la substituer à celle de concession de travaux publics dans sa note sur l'arrêt *BLANLEUIL et VERNAUDON* (1902), publiée au *Recueil Sirey* (1904). Et dans la sixième édition de son *Précis de droit administratif*, il écrit qu'« en réalité, la concession de travaux publics serait mieux nommée concession de service public, ou, comme on dit en Allemagne, concession d'entreprise public » (Paris, Larose & Tenin, 1907 (6^e éd.), p. 691).

l'organisation du *service en régie*. Et ce n'est qu'une fois cette situation d'état établie, qu'une convention intervient entre l'Administration et le concessionnaire pour régler les droits et obligations qui en découlent pour chacun¹⁸⁵.

395. Mise en perspective historique (second XIX^e siècle) des définitions doctrinales de la concession. – Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la concession de travaux publics soulève des interrogations en rapport avec les autres modes de réalisation des travaux publics : essentiellement la régie et le marché de travaux publics. Un auteur de la Monarchie de Juillet est encore souvent convoqué à cet égard : l'avocat Charles DELALLEAU¹⁸⁶. En qualifiant la concession de travaux publics de contrat, celui-ci s'efforçait d'en déterminer la nature, par comparaison avec les marchés de travaux publics. La distinction est introduite suivant le mode de rémunération de l'entrepreneur. Aussi l'exploitation de l'établissement – chemins de fer, ponts, *etc.* – n'est-elle pas conçue comme la délégation d'un service, mais comme une contrepartie financière destinée à désintéresser le concessionnaire de son investissement. Dans le second XIX^e siècle, les administrativistes appréhendant une concession de travaux plutôt que de services, leur examen fut à peu près similaire à l'avocat DELALLEAU¹⁸⁷. De qui parlons-nous ? Tant des généralistes que des

¹⁸⁵ *Id.*, p. 694.

¹⁸⁶ DELALLEAU Charles, « Des droits et obligations des concessionnaires des travaux publics », in *R.L.J.* 1835, I, p. 177 & 358 ; 1837, V, p. 140 (article inachevé).

¹⁸⁷ Au côté de cet auteur qui apparaît comme le premier à avoir analysé de manière approfondie la nature des concessions de travaux publics, un autre est très souvent cité. Il s'agit de celui ayant écrit l'article « Concession administrative », inséré dans le *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* de DALLOZ (t. 12 (1851), p. 1). Plusieurs indices indiquent que son auteur est probablement Jules DUFAYRE, avocat, conseiller d'État, député et ministre des travaux publics. Il fut, auprès de la Chambre des députés, rapporteur de ce qui devint la loi du 11 juin 1842, relative à l'établissement des grandes lignes de chemin de fer. Cet article fut augmenté par le *Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence* (t. 3 (1888), p. 547). Cette note nous donne l'occasion d'évoquer les autres répertoires et dictionnaires, en rapportant la manière dont ils ont intégré le terme « Concession ». Avec l'article précité du *Répertoire méthodique* de DALLOZ, il faut ajouter celui des *Pandectes françaises* de RIVIÈRE (t. 19 (1895), p. 683). Cependant l'article « Concession administrative » est bien peu original : il glose des définitions prises chez d'autres auteurs ; il y ajoute quelques renvois, dont un à « Concession de travaux publics ». Certains firent à l'occurrence « Concession » un simple renvoi à d'autres occurrences : tels le *Répertoire encyclopédique du droit français* de LABORI (t. 3 (1890), p. 628) et le *Répertoire général alphabétique du droit français* de FUZIER-HERMAN (t. 12 (1894), p. 1064). D'autres n'indiquèrent un renvoi qu'à l'occurrence « Concession de mines », tel le *Répertoire général* de LEDRU-ROLLIN (t. 4 (1846), p. 116). D'autres enfin proposèrent une définition très sommaire, complétée de renvois. Tels le *Dictionnaire général d'administration* de BLANCHE (1849, p. 452) et le *Répertoire du droit administratif* de BÉQUET (t. 8 (1891), p. 98 ; la définition qui s'y trouve est rigoureusement identique à celle du dictionnaire précité). La définition est celle usuellement reçue au cours du second XIX^e siècle. Dans le dictionnaire de BLANCHE, on y lit : « Les concessions compensent par des droits les charges qu'elles imposent aux concessionnaires, et par des obligations les avantages qu'elles leur assurent. Ainsi, en retour des frais d'établissement qu'il leur a fallu d'abord supporter, et pendant un temps déterminés qui constitue la durée de la concession, les compagnies concessionnaires d'un chemin de fer, d'un pont, ont droit à l'exploitation de ce chemin, à la perception des péages régulièrement établis pour l'usage du pont ». C'est une définition tout à fait similaire que nous retrouvons dans le *Dictionnaire de l'administration française* de BLOCK (1856, p. 450). Ces précisions ne signifient pas que la concession, comme mode d'exécution des travaux publics, est omise. Elle est alors envisagée sous l'occurrence correspondante : « Travaux publics ».

spécialistes des travaux publics. Ce qui ne veut pas dire que leurs propos se ressemblent en tout et pour tout. Nous affirmons seulement que leur manière d'appréhender la concession de travaux publics fut semblable. Pour les premiers¹⁸⁸, nous visons les professeurs parisiens BATBIE¹⁸⁹, DUCROCQ¹⁹⁰, ainsi que SIMONET – chef de bureau à la préfecture de la Seine¹⁹¹. Nous devons aussi ajouter le professeur dijonnais SERRIGNY¹⁹², l'avocat aux Conseils DARESTE¹⁹³ et le président LAFERRIÈRE¹⁹⁴, quoique leurs ouvrages sont relatifs au contentieux administratif. Pour les seconds, nous visons AUCOC¹⁹⁵, professeur à l'École des ponts et chaussées ; PICARD, président de la section des travaux publics du Conseil d'État¹⁹⁶ ; LECHALAS¹⁹⁷, ingénieur en chef des ponts et chaussées ; COLSON, ingénieur en chef des ponts et chaussées et conseiller d'État¹⁹⁸ ; les avocats aux Conseils, DUFOUR¹⁹⁹,

¹⁸⁸ Nous aurions pu également rapporter les auteurs de manuels universitaires : seulement les définitions de la concession des travaux publics y sont souvent identiques. Nous nous contentons de mentionner les ouvrages pertinents (les dates indiquent celle de l'édition *princeps* lorsqu'il y en eut plusieurs) : Paul PRADIER-FODÉRE (*Précis de droit administratif*, 1853), Louis CABANTOUS (*Répétitions écrites sur le droit administratif*, 1854), Émile VAUVILLIERS (*Manuel de droit administratif*, 1854), Jean CHANTAGREL (*Droit administratif théorique et pratique*, 1858), Anselme-Polycarpe BATBIE (*Précis du cours de droit public et administratif*, 1860), François BŒUF (*Résumé de répétitions écrites sur le droit administratif*, 1866), A. AUMONT (*Manuel de droit administratif*, 1868), Alexandre PELLLOT (*Leçons manuscrites de droit public et administratif*, 1869), Paul DELOYNES (*Précis de droit administratif*, 1872), Alfred GAUTIER (*Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, 1879), Alfred DIEUDONNÉ (*Manuel de droit administratif*, 1883), Théodule-Henri VAQUETTE & A. LE BALLEUR (*Cours résumé de droit administratif*, 1884), Maurice COLIN (*Cours élémentaire de droit administratif*, 1890), Jean-François MARIE (*Éléments de droit administratif*, 1890), René FOIGNET (*Manuel élémentaire de droit administratif*, 1893 – 2^e éd., la première est inconnue), Maurice JOURNÉ (*Précis élémentaire de droit administratif*, 1904), Ferdinand BERNARD (*Notions élémentaires de droit administratif*, 1907) et Félix MOREAU (*Manuel de droit administratif*, 1909). Il n'y a que l'ouvrage de Fernand MARIN qui insiste sur la coexistence d'une opération de travaux et l'exploitation d'un service public (de voirie) (*Manuel du cours de droit administratif, suivi de tableaux synoptiques et d'un résumé*, Paris, Marescq jeune, 1879, p. 234).

¹⁸⁹ BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif, contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence ; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des États-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux États de l'Allemagne et de l'Espagne ; la comparaison de nos institutions actuelles avec celles de la France avant 1789*, Paris, Larose & Forcel, 1885-1886 (2^e éd., 8 vol.), t. 7 (1885), p. 241.

¹⁹⁰ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif...*, *op. cit.* (7^e éd.), t. 2 (1897), p. 248.

¹⁹¹ SIMONET Jean-Baptiste, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, *op. cit.* (4^e éd., 1902), p. 554.

¹⁹² SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Durand, 1865 (2^e éd., 3 vol.), t. 2, p. 182.

¹⁹³ DARESTE (DE LA CHAVANNE) Rodolphe, *La justice administrative en France*, Paris, Durand, 1862 (1^{re} éd.), p. 333-334.

¹⁹⁴ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault & Cie, 1896 (2^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 605.

¹⁹⁵ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'École des ponts et chaussées*, Paris, V^{ve} Dunod, 1885-1886 (3^e éd., 3 vol.), t. 2 (1886), p. 302 et 423.

¹⁹⁶ PICARD Alfred, *Traité des chemins de fer...*, *op. cit.* (1887), t. 2, p. 115.

¹⁹⁷ LECHALAS Georges, *Manuel de droit administratif. – Services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, Paris, Baudry, 1889-1898 (3 vol.), t. 2 (1893), p. 332. Cet auteur reprend purement et simplement la définition proposée par Eugène PERRIQUET.

¹⁹⁸ COLSON Clément, *Abrégé de la législation des chemins de fer et tramways*, Paris, Dupont, 1905 (2^e éd.), p. 23.

¹⁹⁹ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence concernant l'exercice de l'autorité du chef de l'État, des ministres, des préfets, des sous-préfets, des maires, des conseils de*

CHRISTOPHLE²⁰⁰ et PERRIQUET²⁰¹ ; le professeur et avocat lyonnais, ENOU²⁰², dont l'œuvre que nous lui connaissons est posthume²⁰³ ; ainsi que PORÉE (avocat) et CUËNOT (chargé de conférences à la faculté de Paris)²⁰⁴.

396. Tandis qu'une certaine conception de la concession de travaux publics fonde son caractère sur le mode de rémunération de l'entrepreneur, des divergences se font à partir du XIX^e siècle, et qui insistent sur l'idée d'exploitation²⁰⁵. La raison tient vraisemblablement à la multiplication des entreprises de travaux publics, amplifiée par l'initiative accrue des municipalités à partir des années 1880. Les modèles de financement des travaux publics se sont diversifiés corrélativement à leur municipalisation. Lorsque les entrepreneurs ne sont pas rémunérés à forfait comme pour les marchés de travaux publics, ils le sont parfois directement par l'autorité concédante au lieu de percevoir une redevance auprès des usagers, sous forme d'annuités versées en rétribution de la construction de l'ouvrage public et des fournitures réalisées. Si bien que pour certains : « *Les concessions se présentent sous les aspects les plus variés. (...) En réalité, la concession n'est qu'une sorte de moule qui peut contenir les contrats les plus divers : marché de travaux publics, contrat de transport, marché de fournitures, etc.* »²⁰⁶. C'est cette multiplicité qui incita Albert DREYFUS à entreprendre une thèse de doctorat sur ce sujet :

Il existe « des » concessions : nous étudions « la » concession. De ces contrats sans fixité, abandonnés à la liberté des conventions, nous avons essayé de faire un contrat défini, ayant ses règles d'interprétation. (...) Nous inspirant des concessions actuellement existantes, et surtout des données

préfecture, de la cour des comptes, du Conseil d'État ; l'Algérie, les colonies, les ateliers insalubres, les bacs et bateaux, les bois et forêts, les chemins de fer, les chemins vicinaux, les communes, les conflits, les contributions, les cours d'eau, etc., etc., Paris, Delamotte, 1868-1870 (3^e éd., 8 vol.), t. 8, p. 186.

²⁰⁰ CHRISTOPHLE Albert & AUGER Paul, *Traité théorique et pratique des travaux publics, op. cit.* (2^e éd.), t. 2 (1890), p. 5.

²⁰¹ PERRIQUET Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics, comprenant les règles en matière de marchés, travaux en régie, concessions de chemins de fer, canaux, ponts, marais, dommages, extraction de matériaux, occupation temporaire, associations syndicales, travaux de défense, curage, irrigation, chemins ruraux, plus-values ou bénéfices indirects*, Paris, Marchal, Billard & C^{ie}, 1883 (2 vol.), t. 2, p. 3.

²⁰² ENOU Louis, *Traité théorique et pratique de droit administratif* [tome premier. – Les travaux publics], Paris, Rousseau, 1903, p. 75.

²⁰³ Louis ENOU est décédé le 11 mars 1897. Deux de ses anciens étudiants (E. PICARD et E. VEUILLET) assurèrent la publication de son traité, en prenant soin de le mettre au courant de la législation et de la jurisprudence. Si l'ouvrage porte la mention « Tome premier. – Les travaux publics », il semble qu'aucun autre volume n'ait été publié.

²⁰⁴ CUËNOT Henry & PORÉE Henri, *Des entreprises de travaux publics soumises aux clauses et conditions générales des ponts et chaussées et au cahier du service des chemins vicinaux*, Paris, Marchal & Billard, 1901, p. 6-7.

²⁰⁵ *A pari* : KALFLÈCHE Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics, op. cit.* (2004) p. 157.

²⁰⁶ CRUVEILHIER Jean, « Les concessions d'éclairage », in R.G.A. 1899, II, p. 142-143. Docteur et avocat, cet auteur publia à la *Revue générale administration* sept articles sur ce sujet ; il fit publier ses travaux en un tiré-à-part : *Essai sur les concessions d'éclairage et notamment sur la concurrence électrique* (Paris, Berger-Levrault, 1900).

précieuses de la jurisprudence nous chercherons à dégager des traits communs pour arriver aux éléments caractéristiques de « la concession »²⁰⁷.

Plusieurs thèses de doctorat écrites dans les décennies 1890 et 1900 donnent une idée de la manière dont la conception de la concession a glissé d'un point de vue à un autre. Nous nous proposons de les examiner afin de préciser en quels termes et à quels propos cette évolution est intervenue. La diversité des doctrines développées à ce sujet est propre à nous montrer que les divergences, à ce propos, tiennent au moins autant à la personnalité des auteurs qu'au point de vue où ils se sont situés pour considérer les concessions.

²⁰⁷ DREYFUS Albert, *Étude juridique de la concession de travaux publics*, Paris, Pedone, 1896 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par DUCROCQ, professeur de droit administratif), p. 2-3.

Section 2. – De l'entreprise d'un travail public à l'exploitation d'un service public : une conception de la concession bouleversée

397. Un essai doctrinal pour subsumer le contrat de concession : un contrat pour l'exploitation d'un service. – En 1896, Albert DREYFUS se place sur un plan différent de celui des auteurs cités plus haut, pour qui le droit de percevoir une redevance est le caractère de la concession de travaux publics. Son dessein est de caractériser un ensemble d'opérations qui convergent en ceci que l'entrepreneur amortit son investissement en exploitant économiquement l'ouvrage dont il a assuré la construction.

Alors que dans les marchés de travaux publics il n'y a qu'une période, la période de construction, dans les concessions nous en discernons une deuxième, pendant laquelle le concessionnaire joue le rôle d'entrepreneur de service public. (...)

Construction et exploitation, tels sont les deux termes auxquels nous arrivons pour définir la concession de travaux publics. (...)

Et même, allant plus loin ne peut-on pas dire que ce qui a été concédé, ce n'est pas tant l'exécution d'un travail d'utilité publique sous la condition de l'exploitation d'un service public sous la condition d'exécuter les travaux nécessaires²⁰⁸.

Sans nous attarder dans les détails de sa démonstration, ni dans les implications qui en découlent, seul nous importe le fait que cet auteur fonde le propre de la concession de travaux publics sur un lien contractuel dont la stabilité doit être suffisamment garantie pour que le concessionnaire puisse espérer une rétribution satisfaisante. Suivant ce point de vue il accorde une importance inédite à l'exploitation du service concédé. Dans les faits, il s'agit de rendre compte de concessions consistant moins souvent à percevoir un droit de péage, que de réclamer à l'usager un prix pour un service rendu. En réévaluant les modèles de concession, Albert DREYFUS distingue ce qui auparavant laissait indifférent, c'est-à-dire le travail public et le service public.

À l'égard des droits du concessionnaire de travaux publics sur les dépendances du domaine public, la concession de travaux publics se rapproche des concessions faites à titre précaire sur le domaine inaliénable. Pendant la période d'exploitation, le concessionnaire n'est autre chose qu'un concessionnaire de service public, usant pour assurer ce service, du domaine public, en vertu de l'autorisation que la concession de travaux implique²⁰⁹.

En déplaçant son point de vue de la perception d'une redevance à l'exploitation d'un service rémunérateur, il appréhende plus aisément la nature des obligations du concessionnaire. Celles-ci ne tiennent pas seulement à la réalisation d'un ouvrage public – ce sur quoi s'attardaient les auteurs d'ouvrages spécialisés aux travaux publics –, mais encore aux conditions dans lesquelles son exploitation est assurée.

²⁰⁸ *Id.*, p. 37-39.

²⁰⁹ *Id.*, p. 21.

Car celle-ci emporte pour le concessionnaire des sujétions particulières.

L'exploitation n'est pas seulement un droit pour le concessionnaire.
(...)

L'administration doit veiller, en vertu de son droit général de contrôle, sur le service d'exploitation. Notamment le concessionnaire ne pourra pas prétexter des réparations d'entretien pour interrompre un service ; il ne devra y procéder que successivement de manière que le service public soit constamment assuré²¹⁰.

Tant et si bien que cet auteur contribue à infléchir des représentations moins arquées sur la réalisation d'un travail public, et plus sensibles à la gestion d'un service public qui en même temps doit permettre la rétribution du concessionnaire au regard des capitaux engagés. Cette délégation esquisse un équilibre contractuel à l'aune d'une exploitation économique viable, pondérée et strictement délimitée par les exigences inhérentes au service public concédé. Cela détermine tant les obligations du concessionnaire, que la question du monopole de fait et de l'inaliénabilité du domaine public.

Pour mettre d'accord des principes qui semblent se contrarier, à savoir l'inaliénabilité du domaine public et les concessions permettant à un particulier d'exploiter une partie de ce domaine, il faut faire appel à des idées toutes différentes : il faut en quelque sorte changer le point de vue sous lequel on considère en général les concessions de travaux publics. Ce qui est concédé, ce n'est pas un droit sur les ouvrages, (...) c'est le droit de pourvoir à un service public. (...) Le concessionnaire n'aura de droit sur les dépendances du domaine public que dans les limites où il aura besoin d'en faire usage pour son exploitation²¹¹.

Cela ressort encore plus de l'idée qu'il se fait du principe sous-jacent à l'opération de concession :

La règle d'interprétation qui doit dominer et dont nous nous sommes constamment inspirés, c'est que d'une part les parties ont en vue d'assurer le succès de l'exploitation, et que, d'autre part l'État n'a pas pu abdiquer son droit de veiller à la satisfaction des besoins généraux²¹².

La représentation de la concession de travaux publics s'est métamorphosée sans que sa génétique ait été bouleversée. L'émergence d'activités économiques inédites et la décentralisation administrative ont renouvelé le modèle jusqu'ici consacré, qui reposait sur l'idée d'une délégation du droit de percevoir des taxes – assimilées à des impôts indirects. En déplaçant l'esprit de la concession, d'un mode d'amortissement des travaux publics à un mode de financement des services publics, le point de vue choisi par un auteur comme Albert DREYFUS a permis de réévaluer l'aspect tenant à l'exploitation d'un service concédé. Cette démarche a participé du souci de recadrer la définition de ce contrat avec les principales difficultés qu'il suscitait.

²¹⁰ *Id.*, p. 74-75.

²¹¹ *Id.*, p. 117.

²¹² *Id.*, p. 160.

- 398. La nature contractuelle de la concession discutée à propos des monopoles communaux.** – Parmi les difficultés que les concessions soulevèrent, une se distingue en particulier : celle des monopoles communaux édifiés à l'avantage des concessionnaires. Dans le milieu du XIX^e siècle, les concessions de travaux publics concernaient le plus fréquemment les transports – chemins de fer, bacs et bateaux, ponts, *etc.* Elles étaient moins à même de poser des problèmes de concurrence qui auraient mis en danger la rentabilité de la concession²¹³. C'est à propos de l'éclairage public que ces questions se posèrent, lorsque certaines communes choisirent de passer successivement plusieurs concessions, menaçant de ce fait la viabilité économique de la première concession. La question fut soulevée de savoir dans quelle mesure l'obligation par laquelle la commune s'interdisait dans le « contrat de concession » de ne délivrer aucune permission de voirie à des compagnies concurrentes, s'imposait au respect de la municipalité concédante. Ainsi dans les années 1880, le professeur caennais TOUTAIN s'en empara pour la soumettre à une discussion dont les termes n'avaient encore jamais été définis.

Quelle est la valeur juridique de cette organisation de l'éclairage au gaz dans les diverses rues et places publiques d'une ville ? Les concessionnaires qui sont en possession de cette industrie pourraient-ils craindre d'être lésés par de nouvelles concessions ou autorisations qui seraient accordées à d'autres industriels, soit par l'État ou par le département en ce qui concerne les rues faisant suite aux routes nationales ou départementales, soit par la ville elle-même qui permettrait ainsi une concurrence plus ou moins redoutable aux intérêts du concessionnaire primitif ?²¹⁴

C'est sous cet aspect que la nature de ces conventions fut souvent débattue. Ce qui nous importe au demeurant, c'est d'indiquer le cadre démonstratif dans lequel les définitions qui furent proposées, sont venues s'introduire. En ne tenant compte que de la littérature doctorale, nous discernons deux perspectives auxquelles ont été rapportées les concessions : elles sont tantôt interrogées du point de vue des monopoles communaux et de leur efficience économique ; tantôt du point de vue du domaine public et des différentes manières dont l'administration pût se lier en exerçant celles de ses prérogatives qui se rapportent à sa conservation.

- 399.** En traitant des monopoles communaux, certains auteurs ont renversé l'ordre des choses, ne considérant plus au premier abord la réalisation d'un travail public, mais

²¹³ Cette éventualité fut souvent envisagée dans les cahiers des charges. Léon AUCOC l'évoque pour résumer l'esprit général des droits du concessionnaire : « L'État ne doit rien faire qui nuise à la concession, quand il a expressément déterminé les actes dont il devrait s'abstenir, par exemple, lorsque, en concédant un pont à péage, il s'est engagé à ne pas laisser établir un autre pont ou un passage d'eau dans un certain rayon » (*Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'École des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1869-1876 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1870), p. 243).

²¹⁴ TOUTAIN Robert, « Des autorisations et des contrats portant concession en ce qui concerne l'éclairage au gaz dans les villes », in *R.G.A.* 1882, II, p. 261.

l'aptitude juridique des communes à organiser des services municipaux²¹⁵. En faisant l'étude, Eustache PILON ne traite pas à proprement parler des concessions de travaux publics, mais des monopoles communaux pour en critiquer l'organisation par concession et promouvoir l'exploitation des services municipaux par régie. C'est encore la démarche engagée par André SAUSSOY²¹⁶, et plus modestement celle de Pierre LÉON²¹⁷. Cette perspective est toute différente de celle d'Albert DREYFUS par exemple, car elle saisit les services municipaux pour découvrir le modèle d'exploitation qui fût le plus avantageux pour les administrés. Ainsi Eustache PILON tend à démontrer que les communes disposent de droits de puissance publique pour organiser un service public, qu'elles peuvent aussi bien concéder qu'exercer en propre.

On dit à la commune : comme personne administrative, vous avez des droits de puissance publique, vous avez le droit de créer des services publics ; mais ces droits, vous ne pouvez les exercer, ces services que vous avez créés, vous ne pouvez les exploiter. La loi vous donne un droit, mais à la condition que vous en déléguiez l'exercice à des particuliers.

Étrange paradoxe, qui vient d'une méconnaissance de la nature des droits de puissance publique. Ces droits, en effet, sont-ils autre chose que des droits de souveraineté, c'est-à-dire (...) des droits appartenant à tous les citoyens. Ceux-ci, ne pouvant les exercer eux-mêmes, en délèguent l'exercice aux personnes administratives, seules aptes à respecter leur destination essentielle d'utilité publique. Il est donc conforme à leur nature et à leur destination que la personne administrative à laquelle ils ont été délégués les exerce. Et voilà pourquoi le droit administratif a posé ce principe dont nous avons fait le pivot de notre démonstration : les droits de puissance publique ne doivent être exercés que par l'État, ou par les personnes administratives membres de l'État²¹⁸.

Sans insinuer que sa définition de la concession fût nécessairement déterminée par la conclusion par laquelle il achève sa démonstration, elle en épouse le sens. Certes il rapproche les concessions des services municipaux des entreprises de travaux publics, à l'instar de quelques-uns de ses contemporains²¹⁹. En revanche, il fait preuve d'une certaine originalité – sous-tendue par le sens de sa démonstration – lorsqu'il définit la nature de la concession.

L'on se divise encore sur la nature de cet acte contractuel qu'est devenue la concession : « contrat *sui generis* » ou « acte *sui generis* » pour les uns, « traité de concession » ou « contrat bilatéral en soi » pour les autres.

²¹⁵ Cf. PILON Eustache, *Monopoles communaux. – Éclairage au gaz et à l'électricité. – Distribution d'eau et de force motrice. – Omnibus. – Tramways. – Étude de droit administratif et de science économique*, Caen, Imprimerie Valin, 1898 (thèse de doctorat, faculté de Caen ; présidée par VILLEY, professeur d'économie politique).

²¹⁶ Cf. SAUSSOY André, *Les monopoles communaux issus de concessions sur le domaine public*, Sens, Duchemin, 1903 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par SAUZET, professeur de droit administratif).

²¹⁷ Cf. LÉON Pierre, *Du monopole de l'éclairage et du chauffage par le gaz à Paris*, Paris, Chevalier-Marescq, 1901 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par SAUZET, professeur de droit administratif).

²¹⁸ PILON Eustache, *Monopoles communaux...*, *op. cit.* (1898), p. 205.

²¹⁹ *Id.*, p. 90.

En un mot, on fait un alliage de deux actes de nature différente pour en forger un acte unique de nature contractuelle²²⁰.

400. L'affirmation de la double nature de la concession de travaux publics. – En estimant qu'« *il y a un contrat adjoint à une concession, et non un acte unique de nature contractuelle* »²²¹, et que cette convention dont il s'agit « *est un contrat de même nature que le marché de travaux publics* »²²², il avance une distinction dont la raison d'être tient à son dessein. Celui de démontrer qu'en concédant à une compagnie un service municipal, les communes recourent non pas à une convention en tant que telle, mais qu'elles empruntent un mode d'exécution des travaux publics qui est réversible par cela même qu'il procède à l'aliénation du domaine public²²³.

On a fait un contrat de la concession, alors qu'elle n'était que le prix stipulé dans ce contrat ; et, d'autre part, on a fait un contrat d'une nature spéciale de ce qui est un simple marché de travaux publics rémunérés, au moyen d'une concession du droit d'utiliser ces travaux²²⁴.

En somme, il tend à convaincre que les traités de concession ne sont pas des contrats à considérer pour eux-mêmes, si bien qu'il n'y aurait de respectable que les consentements échangés. Ceux-ci ne le sont qu'au regard des travaux publics engagés. D'où la possibilité pour la commune de substituer une rémunération à une autre, un prix forfaitaire à un droit de percevoir des redevances – pourvu qu'elles fussent équivalentes.

Il est certain que la commune qui fait un marché pour l'entreprise des services communaux dont il s'agit, avec concession d'un monopole de fait, agit comme puissance publique. Elle fait, en effet, un acte de gestion à l'occasion du domaine public ; or, les actes de gestion sont essentiellement imprégnés de puissance publique, et d'ailleurs, comme tous les actes de gestion, celui-ci confère à l'entrepreneur des droits irrévocables *vis-à-vis de la commune*.

Mais il faut bien noter que, *sur la dépendance du domaine public* dont il a l'exploitation, il a toujours au contraire un droit précaire, la clause de rachat étant essentielle au traité adjoint à la concession²²⁵.

Lorsque cet auteur parle de l'existence d'un « *contrat de droit public* » – qu'il nomme encore « *contrat administratif* » –, il n'évoque rien d'autre que celui « *dont le contentieux est de la compétence des tribunaux administratifs* ». Tandis que le « *contrat de droit privé* » est celui « *relevant des tribunaux judiciaires* »²²⁶. Si Eustache PILON développe un point de vue singulier, c'est en envisageant les différents modes d'exécution de ces travaux comme autant de moyens de financement, dont l'un peut être substitué à l'autre en pleine

²²⁰ *Id.*, p. 65.

²²¹ *Id.*, p. 83.

²²² *Id.*, p. 81.

²²³ *A pari* : LÉON Pierre, *Du monopole de l'éclairage et du chauffage par le gaz à Paris*, *op. cit.* (1901). La définition de la concession qu'il y développe est similaire à celle d'Eustache PILON (*id.*, p. 32 *sq.*).

²²⁴ PILON Eustache, *Monopoles communaux...*, *op. cit.* (1898), p. 82.

²²⁵ *Id.*, p. 72.

²²⁶ *Id.*, p. 71-72.

exécution du contrat. Il ne s'attache pas aux conventions comme si elles fussent intangibles ; l'entrepreneur n'a droit qu'à la rémunération qu'il a négociée.

Qu'est-ce en effet que la concession, c'est la rémunération de l'entreprise, c'est le prix. La commune peut faire deux choses : payer en argent directement à l'entrepreneur ; ou, si elle veut épargner ses finances, « battre monnaie avec ses droits de puissance publique », et en concéder l'exercice à l'entrepreneur. Donc, pour l'entrepreneur, la concession vaut de l'argent ; c'est le paiement de son prix « d'après les bases fixées par le traité ». Donc aussi il y a seulement, dans les deux marchés que nous mettons en parallèle, l'un qui stipule le prix payable en argent, l'autre qui le stipule payable en monnaie de puissance publique, une différence dans la nature du prix²²⁷.

401. Si des administrativistes avaient spécifié la concession par le droit de percevoir des redevances sur les usagers des ouvrages publics réalisés, Eustache PILON présente la situation du concessionnaire sous l'aspect d'une aliénation contractuelle du domaine public. Si bien que l'inaliénabilité de ce domaine doit permettre d'y mettre fin lorsque la commune concédante le croit opportun, pour peu qu'elle désintéresse *in fine* le concessionnaire. L'on pourrait peut-être, rétrospectivement, y voir la préfiguration des raisonnements qui, quelques années plus tard, distinguèrent entre les nécessités propres aux services publics concédés et l'équilibre économique de la concession. À notre sens, rien ne serait plus inexact. L'auteur dont il est question situe classiquement les concessions comme un moyen de financer des travaux publics, plutôt que d'organiser le fonctionnement d'un service public. C'est une technique gestionnaire consistant pour le concédant à se soustraire de la charge budgétaire que représente l'investissement en assurant au concessionnaire la réalisation d'un profit auprès des usagers du service concédé. Cette approche des choses convainc un avocat – Jean CRUVEILHIER – à analyser dans la concession d'éclairage un contrat d'échange²²⁸. Peu après Eustache PILON, André SAUSSOY développe en substance la même analyse juridique de la concession²²⁹. En s'attachant aux jouissances privatives afférentes au domaine public, Paul REGRAY – cofondateur de la *Revue des concessions* –, adhère également à cette dissociation qui ne fait pas de la concession un acte monolithique, auréolé du principe protecteur des contrats : l'intangibilité des obligations.

La concession, perpétuelle ou trentenaire, s'analyse, en définitive, en un acte de puissance publique, accompagné d'une convention, analogue au contrat de louage, par lequel la commune s'engage à fournir au concessionnaire ou à ses successeurs, la jouissance – à perpétuité ou pendant trente ans – d'un terrain déterminé ou d'un terrain d'égale superficie²³⁰.

²²⁷ *Id.*, p. 81.

²²⁸ CRUVEILHIER Jean, « Les concessions d'éclairage », in *R.G.A.* 1899, II, p. 145-147.

²²⁹ SAUSSOY André, *Les monopoles communaux issus de concessions sur le domaine public*, *op. cit.* (1903), p. 17.

²³⁰ REGRAY Paul, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, Paris, Rousseau, 1900 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par BERTHÉLEMY, professeur de droit administratif), p. 108.

Plus loin il rapproche de ce modèle théorique la concession de travaux publics comme l'un de ses plus illustres exemples :

Le type le plus usuel [du contrat par lequel un particulier jouit privativement d'une parcelle du domaine public], est la concession de travaux publics, soit qu'il s'agisse de l'exécution d'un travail public, soit qu'il s'agisse seulement de l'exploitation d'un ouvrage existant, destiné à un service public. L'occupation privative du domaine n'est pas ici l'objet principal du contrat ; elle n'est qu'une des conditions de la réalisation du marché²³¹.

Si dans ce dernier cas de figure, l'auteur traite des permissions de voirie, l'approche est la même que celle qui tend à différencier l'utilisation privative du domaine public d'avec l'exécution des travaux publics²³².

402. L'affirmation d'un contrat irréductible au droit commun : le contrat de droit public. – Un autre docteur – Jean GUILLOUARD – défend une thèse différente des auteurs précités, et empruntée à Édouard LAFERRIÈRE²³³. D'après celui-là, la concession est un contrat – un « *contrat de droit public* »²³⁴ : les concessions présentent « *toutes les apparences des contrats, en ce sens que nous nous trouvions en présence de deux volontés libres, capables, assumant l'une envers l'autre des obligations, en un mot que les trois conditions requises pour l'existence des contrats, liberté, capacité, objet, étaient ici réunies* »²³⁵. L'interdépendance entre la concession et le traité qui y est adjoint est si intense qu'il ne lui semble pas opportun de distinguer, tant l'un et l'autre sont indissociables.

N'y a-t-il pas (...) qu'une seule et même manifestation d'activité juridique, un véritable accord contractuel, dans lesquels, sans nul doute et eu égard à la situation prépondérante de l'un des contractants, il y a des parcelles de puissance publique, mais où on ne saurait voir ici un acte double et dans une dépendance entière l'un de l'autre²³⁶.

En s'évertuant à proposer une classification des actes administratifs, il adhère à la distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion. Suivant ce point de vue, son dessein a été d'ordonner les actes selon qu'ils fussent ou non créateurs de droits²³⁷. Ses préoccupations relèvent d'un ordre de considérations qu'il emprunte

²³¹ *Id.*, p. 109.

²³² Il est vraisemblable que Paul REGRAY ait été l'auteur de l'article introductif à la *Revue des concessions* (« Les concessions », in *Revue des concessions* 1902, p. 9). Il y est question de la distinction entre les concessions et les permissions de voirie dans les mêmes termes.

²³³ En contrepoint, nous mentionnerons la réfutation développée à l'encontre de l'existence de ce genre de contrat, faite par Henry NÉZARD dans une thèse très distinguée : *Théorie juridique de la fonction publique*, Paris, Larose, 1901 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par BERTHÉLEMY, professeur de droit administratif), p. 240 *sq.*

²³⁴ GUILLOUARD Jean, *Conception et nature juridique de quelques actes administratifs : autorisations, actes d'exécutions, concessions*, Paris, Pedone, 1903 (thèse de doctorat, faculté de Caen ; présidée par LE FUR, professeur de droit administratif), p. 306.

²³⁵ *Id.*, p. 306-307.

²³⁶ *Id.*, p. 310.

²³⁷ *Id.*, p. 53 *sq.*

avant tout au contentieux administratif. Aussi est-il avant tout sensible aux recours dont les administrés peuvent disposer à l'encontre de l'administration sans menacer les intérêts dont elle assure la protection. Dès lors la concession lui apparaît moins comme un acte par lequel l'administration dispose du domaine public, que comme un acte mêlé à la fois de patrimonialité et de puissance publique²³⁸, dont les modalités de concours lui confèrent la nature d'un contrat, c'est-à-dire un acte créateur au profit du contractant.

Au contentieux des actes de *pure* puissance publique revenait de droit le contentieux du recours pour excès de pouvoir ; au contentieux de *pure* personne privée, le contentieux judiciaire et enfin au contentieux de ces actes de gestion dans lesquels, bien que la situation de gestion fût incontestable, l'élément puissance publique se rencontrait également avec une évidence non niable, il fallait un contentieux, qui, tout en donnant satisfaction aux droits des particuliers, respecterait la puissance publique ; c'est notre contentieux administratif de pleine juridiction²³⁹.

403. Mise en perspective historique (second XIX^e siècle) des définitions doctrinales de la concession. – Il faut admettre que les concessions ont été appliquées à une telle disparité d'actes que leur étude donna lieu à des analyses sensiblement différentes selon le point de vue adopté par chacun des auteurs qui se sont attachés à les examiner (c'est-à-dire suivant la problématique que se sont choisis les auteurs respectifs). Dans le dernier tiers du XIX^e siècle, les concessions furent assimilées aux travaux publics. En étant présentées comme des contrats dont le caractère *sui generis* les différenciait des marchés de travaux publics, elles n'en restaient pas moins des contrats. Alors que les concessions relevaient la plupart du temps de matières spéciales – celle des chemins de fer surtout –, les auteurs n'ont jamais manqué d'y discerner deux activités interdépendantes. Alfred PICARD n'est pas isolé – avec Léon AUCOC²⁴⁰ – lorsqu'à propos des compagnies concessionnaires de chemins de fer il affirme qu'elles « *sont tout à la fois des entrepreneurs de travaux publics et des entrepreneurs de transport : c'est seulement en réunissant cette double qualité qu'ils peuvent se rémunérer de leurs dépenses et de leur industrie* »²⁴¹. Peu avant lui, des administrativistes comme l'avocat aux Conseils DUFOUR, discernaient déjà dans ces conventions « *l'entreprise d'un service public, d'un service de voirie* ».

Entreprise, c'est là, en effet, le mot qui convient ; que la forme du contrat soit celle d'un bail ou d'une concession, il n'y a toujours au fond qu'une entreprise, l'entreprise d'un service public, d'un service de voirie ; et ceci démontré, la compétence n'est plus douteuse, il est de toute évidence que c'est au conseil de préfecture qu'il appartient de connaître de l'exécution

²³⁸ *Id.*, p. 147.

²³⁹ *Id.*, p. 292-293.

²⁴⁰ AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 3 (1876), p. 327. « *Le concessionnaire de chemin de fer est, à l'égard de l'administration comme du public, tantôt un entrepreneur de travaux publics, tantôt un entrepreneur de service de transport. Il n'est pas autre chose* ».

²⁴¹ PICARD Alfred, *Traité des chemins de fer...*, *op. cit.* (1887), t. 2, p. 115.

du contrat. La juridiction administrative est de droit commun pour les contestations intéressant les services publics²⁴².

Cette assimilation aux travaux publics et à la voirie – matières ressortissant toutes aux conseils de préfecture – fut semble-t-il consacrée par le Conseil d'État à partir des années 1840-1850, relativement aux baux des bacs et passages d'eau. Elle clarifiait une répartition des compétences, en contraste avec certains administrativistes – comme BOULATIGNIER & MACAREL, FOUCART, SERRIGNY, TROLLEY – selon qui il eût fallu distinguer selon la nature des clauses à l'origine du litige. Ainsi d'après ce dernier, professeur à la faculté de Caen :

La location d'un bac a un double caractère ; c'est véritablement l'entreprise d'un service public et se rattachant soit à la grande voirie, soit à la voirie vicinale. C'est, d'un autre côté, le bail d'un produit domanial.

Toutes les difficultés qui intéressent l'*entreprise*, le service public, sont administratives et rentrent dans la compétence du conseil de préfecture. (...) S'agit-il, au contraire, non de l'intérêt public, mais de l'intérêt domanial, le bail, sous ce rapport est un contrat privé et le litige devient judiciaire²⁴³.

Cette dernière distinction tendait à ne pas attribuer à la compétence judiciaire l'ensemble des litiges liés aux baux administratifs – dont bon nombre s'apparentaient à ce que nous appellerions une concession de service public. Seulement, afin de clarifier la distribution des compétences, les baux consistant en des entreprises de voirie furent présentés comme des concessions de travaux publics afin d'impliquer la pleine compétence des conseils de préfecture – comme l'admet Gabriel DUFOUR dans les années 1850²⁴⁴. L'on voit que ces activités placées sous la responsabilité de l'administration et dont elle délègue l'exploitation à des personnes privées, ont été appréhendées bien différemment selon les époques où les enjeux – liés à la répartition des compétences – différaient. Sous la Monarchie de Juillet, il fut question de réagir à cette jurisprudence entreprise de concert par la Cour de cassation et le Conseil d'État, visant à attribuer à l'ordre judiciaire le contentieux des baux administratifs, assimilés à des baux domaniaux²⁴⁵. De nombreux administrativistes

²⁴² DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué...*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 3 (1870), p. 69. Il tient ces propos dès la deuxième édition de son traité, parue dans les années 1850.

²⁴³ TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif. Première partie. – Hiérarchie administrative ou de l'organisation et de la compétence des diverses autorités administratives*, Paris, Thorel, 1844-1854 (5 vol.), t. 5, p. 403.

²⁴⁴ Cf. en ce sens Louis TISSERANT (chef de bureau au ministre des travaux publics) dans le *Répertoire du droit administratif* de BÉQUET (t. 25 (1908), p. 239 ; v^o Travaux publics) : « Il est des cas où les travaux à effectuer présentent une telle importance que toute l'opération repose, pour ainsi dire, sur leur exécution. Tel est le cas aujourd'hui admis sans difficulté par les auteurs et la jurisprudence des travaux de canalisation de gaz ou d'eau exécutés par les compagnies concessionnaires ou mêmes par des particuliers. (...) La jurisprudence avait bien, il est vrai, pendant un certain temps, essayé d'établir une distinction entre les clauses administratives et les clauses financières des concessions de gaz et d'eau. Aux premières seules était réservée la compétence du conseil de préfecture. La jurisprudence paraissait ainsi ne reconnaître que dans une certaine mesure et avec restrictions le caractère de marchés de travaux publics aux concessions de cette nature. Le tribunal des conflits a estimé que les différentes parties de la concession formaient un tout auquel on devait attribuer le caractère juridique découlant de la nature essentielle du contrat : prise en charge d'un service public. La distinction précitée a donc pris fin et le caractère de marché de travaux publics a prévalu d'une manière complète »

²⁴⁵ Cf. à cet égard l'introduction de l'article de Sébastien-Joseph BOULATIGNIER, inséré dans le

s'évertuèrent à y retrancher ceux des contentieux liés à la voirie. Cette doctrine affermie, une autre vint y réagir pour simplifier une jurisprudence qui départageait les compétences selon la nature des clauses débattues. D'aucuns comme DUFOUR assimilèrent ces baux – qualifiés d'entreprises – aux travaux publics et au service publics de la voirie²⁴⁶. Par ailleurs, la multiplication des concessions municipales à partir du second XIX^e siècle suscita des difficultés à une époque où les communes étaient conçues comme des personnes de droit privé et dont les contrats ressortissaient au juge judiciaire – sauf pour les marchés de travaux publics. Cette assimilation aux travaux publics se maintint jusqu'au milieu des années 1900. Sous ce point de vue, l'acte de concession qui fut longtemps assimilé à un bail administratif, a été conçu comme un acte monolithique, quoique complexe. Si les uns y ont vu une entreprise de travaux publics ; les autres, un contrat mêlé de travaux public et de fournitures au point d'être conçu comme un contrat *sui generis* – il faut voir que chacune de ces qualifications fut déterminée suivant les implications qui en découlaient, spécifiques selon les époques considérées. Aussi faut-il éviter de questionner une prétendue origine de la concession, en recherchant ce qui pût être une forme embryonnaire d'un concept moderne. Rechercher l'origine du concept de la concession revient à se poser une mauvaise question, qui conduit inexorablement à soumettre l'histoire doctrinale à un biais mystificateur.

- 404. La confrontation de plusieurs conceptions de la concession de service public dans les années 1900.** – L'opinion classique tend à se représenter le contrat de concession comme un contrat, compliqué il est vrai d'un cahier des charges venant s'y fonder. À partir des années 1880, en considérant particulièrement les concessions d'éclairage public et de chemins de fer, certains auteurs – assez minoritaires cela dit – ont préféré discerner deux actes solidaires. Ils y furent incités en considération des aliénations domaniales consenties aux concessionnaires. Cette dissociation sous-tendait cette idée en filigrane, que l'administration ne pouvait aliéner le domaine public, ni même refuser des modifications au service concédé ; et que le concessionnaire ne pouvait revendiquer qu'un gain économique plutôt qu'une situation juridique. Ce fut en interrogeant les monopoles communaux constitués au profit de certains concessionnaires que cette conception de la concession surgit sous certaines plumes.

Sans doute, quand il s'agit de déterminer la compétence du conseil de préfecture, on peut bien soutenir que l'exécution de services publics de cette

dictionnaire dirigé par Alfred BLANCHE (*Dictionnaire général d'administration contenant la définition de tous les mots de la langue administrative et sur chaque matière 1° l'histoire de la législation, 2° l'exposé des lois, ordonnances, règlements et instructions, 3° le résumé de la jurisprudence, 4° l'indication des formalités à remplir, des autorités à demander, des pièces à produire, etc. ; ouvrage utile aux gens du monde et à toutes les classes de fonctionnaires*, Paris, Dupont, 1849 (1^{re} éd.), p. 127 ; v° Baux administratifs).

²⁴⁶ Cf. le chapitre 2, titre IV, première partie (spéc. le § 223 *sq.*).

espèce n'est que l'exploitation d'un ouvrage public, et rentre par là dans la notion des travaux publics ; mais sous peine de se duper soi-même, il faut faire attention que cette interprétation est essentiellement relative à la question de compétence, et ne préjuge rien au point de vue de la nature juridique intrinsèque de l'opération, qui demeure une organisation de service public. Cette vérité a éclaté quand il s'est agi de serrer de près le monopole acquis par les Compagnies d'éclairage au gaz²⁴⁷.

Cette nature dualiste a été mobilisée pour « *se débarrasser de l'élément travaux publics et de l'élément occupation du domaine public* »²⁴⁸, afin de ne plus discerner dans cette opération que « *l'organisation d'un service public* » fondé sur « *l'agencement du contrat passé entre le concessionnaire et l'autorité locale et de l'acte de concession proprement dit* »²⁴⁹. À quelques différences près, c'est l'idée à laquelle adhère par exemple Eustache PILON. Enfin, une troisième alternative fut envisagée par le président LAFERRIÈRE, qui pencha en faveur d'un « *contrat administratif par nature* », ou encore « *contrat de droit public* ». Sous la plume de Jean GUILLOUARD, cette doctrine semble être motivée par le désir de faire correspondre un régime contentieux qui prenne en considération tout à la fois les intérêts des administrés et ceux de l'administration – sous l'égide de la juridiction administrative. Ainsi pensons-nous qu'il est malaisé de comparer ces différents auteurs car ils n'ont pas été portés vers les mêmes préoccupations : les uns s'attachant à traiter des opérations travaux publics ; d'autres, à étudier le service des chemins de fer ; d'autres, à discuter d'une question controversée, comme les monopoles communaux, la nature des droits revendiqués par les concessionnaires sur le domaine public ; d'autres encore, à établir une classification des actes administratifs pour organiser les recours contentieux. Aussi les conclusions auxquelles aboutirent ces administrativistes furent sensiblement différentes, lorsqu'elles ne divergèrent pas.

- 405. Une conception inédite de la concession de service public, mise en rapport avec une représentation moderne du droit administratif.** – Si nous avons appris à nous méfier des analyses historiques de Maurice HAURIU, nous adhérons néanmoins à celle qu'il développe à propos des travaux publics. La prévalence qui leur fut longtemps accordée tint « *à cette préoccupation exclusive de la compétence, qui a été pendant longtemps celle du droit administratif français* »²⁵⁰. Ils ont été, tout du long du XIX^e siècle, le prisme au travers duquel le droit administratif appréhenda les activités de service public²⁵¹.

²⁴⁷ HAURIU Maurice, Note sur l'arrêt *BLANLEUIL et VERNAUDON c. Ville d'Angoulême* (C.E., 14 février 1902) [1904], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 439.

²⁴⁸ *Id.*, p. 441.

²⁴⁹ *Id.*, p. 442.

²⁵⁰ HAURIU Maurice, Note sur l'arrêt *BLANLEUIL et VERNAUDON c. Ville d'Angoulême* (C.E., 14 février 1902) [1904], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 440.

²⁵¹ *A pari* : KALFLÈCHE Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés*

La notion juridique de l'opération de service public se détermina d'abord dans des opérations particulières qui sont pour alimenter le service public plutôt qu'elles n'en constituent l'exécution proprement dite. (...)

Le droit administratif s'est arrêté longtemps dans ce premier stade de l'opération de service public particulière, destinée à alimenter le service ; il y a séjourné pendant tout le XIX^e siècle. Ce n'est que tout à fait à la fin de cette période séculaire qu'il s'est élevé à la conception plus générale de l'opération de service public consistant dans l'exécution même du service, envisagée dans ses effets au regard du public²⁵².

Cela dit nous ajoutons à ses propos qu'il ne s'est pas agi d'une élévation qu'aurait seule permise une expérience plus profonde du droit administratif. C'est à notre sens le développement d'activités administratives inédites, qui incita à cet infléchissement conceptuel. Ce n'est pas tant la diversification des concessions qui a précipité un tel infléchissement, que l'apparition de difficultés juridiques nouvelles, auxquelles furent parties non plus seulement l'administration et ses contractants, mais aussi les usagers des services concédés. L'évolution conceptuelle de la concession le doit non pas tant à une meilleure analyse juridique, qu'à l'apparition de nouvelles problématiques, attirées à des aspects différents du droit administratif. En l'occurrence, les difficultés qui s'exacerbèrent dans les années 1900 sont liées à l'appréhension des usagers. Qu'il s'agisse de leur permettre d'invoquer à l'encontre de l'administration celle des clauses d'une concession qui organisent le service concédé, ou bien qu'il s'agisse de permettre à l'administration de modifier le fonctionnement du service concédé. Dans toutes ces hypothèses, l'opération de travaux publics fut dissociée de l'opération de service public. Non pas qu'elle ne l'ait jamais été auparavant. Seulement, cette distinction recouvra une pertinence inédite qui incita nombre d'administrativistes à œuvrer en ce sens. Il s'est agi de socialiser les concessions de service public pour en faire une technique gestionnaire des services publics, plutôt qu'un mode d'entreprise des travaux publics. C'est d'ailleurs ce dont celui-ci se félicite dans l'arrêt *THÉRON*, plus que de la prétendue consécration d'un « contrat administratif ».

Nous n'avons plus besoin de l'assimilation avec les travaux publics pour déclarer administrative la compétence sur notre marché relatif au ramassage des animaux. (...) Du moment que tous les modes d'exécution des services publics sont aujourd'hui considérés comme administratifs en principe, il est inévitable que la notion des travaux publics se rétrécisse²⁵³.

Cet arrêt entérine une évolution du droit administratif par laquelle les concessions ne furent plus attirées aux conseils de préfecture (en tant qu'elles participent des travaux publics), mais au juge administratif de droit commun (le Conseil d'État), en tant qu'elles participent du fonctionnement des services publics – du fait que la gestion

publics, *op. cit.* (2004) p. 153 *sq.*

²⁵² HAURIOU Maurice, Note sur la décision *FEUTRY c. Département de l'Oise* (T.C., 29 février 1908) [1908], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 1 (1929), p. 586.

²⁵³ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *THÉRON c. Ville de Montpellier* (C.E., 4 mars 1910) [1911], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 689.

publique identifie la compétence administrative. Cette appréhension ne résulte pas d'une confusion enfin dissipée, insistons-y. Elle procède de la subversion des deux principes essentiels aux contrats – l'intangibilité des obligations et leur effet relatif. Au demeurant, il faut voir que ces développements ne sont pas aussi originaux que nous pouvons le supposer. La formalisation de la concession de service public n'est pas tant une entreprise doctrinale géniale, que l'adéquation de cet acte à une représentation moderne du droit administratif. Cela ne signifie pas que les aspects mis en valeur au travers de cette conception fussent inédits. Si des administrativistes en ont signalé quelques-uns au cours du XIX^e siècle, la manière dont ils se représentaient le droit administratif ne les invitait pas à les rapprocher pour leur donner le même sens. Aussi, il y a peu de surprise à lire sous la plume de DUFOUR – administrativiste peu original mais habile didacticien – la reconnaissance d'un pouvoir de modification unilatérale au profit de l'administration. En l'évoquant à propos des chemins de fer, il voit bien cela dit qu'un tel pouvoir s'applique à tous les services de voirie. La citation qui suit en offre l'exemple.

Nous avons reconnu et constaté que la condition de la compagnie [de chemins de fer] n'était, relativement à l'exploitation, que celle d'entrepreneur d'un service public, d'un service de voirie. (...)

Il est de la nature de l'intérêt auquel répondent les divers services publics, et qui se résume dans ce qu'on appelle l'ordre public, de ne pouvoir jamais être compromis. Ce privilège (...) est le fondement des pouvoirs du gouvernement en matière de police, et fait qu'une mesure de police ne saurait être entravée ni par la possession ou les titres privés, ni par des actes émanés de l'autorité administrative elle-même. (...) Toute disposition, toute convention dans laquelle se trouverait engagé un intérêt d'ordre public ne constituerait qu'un empiètement, une usurpation sur un droit inaltérable ; et du moment où elle reconnaîtrait que cet intérêt est en danger ou en souffrance, le droit et le devoir de l'administration seraient de briser tous les liens et d'écarter tous les obstacles.

Cette doctrine n'a, d'ailleurs, rien d'inconciliable avec le respect dû aux conventions librement faites, en ce sens au moins qu'elle n'implique pas l'anéantissement du droit qui peut naître d'un contrat ; et a seulement cette conséquence de le transformer en un droit à une indemnité. (...)

Le gouvernement est, à tout instant, maître de faire ou de prescrire ce qui lui paraît commandé par les nécessités du service de circulation dont le concessionnaire d'une exploitation de chemin de fer est chargé. Ce n'est pas là seulement un droit réservé pour suppléer, au besoin, au silence de la convention ; il en domine toutes les stipulations.

Mais cela dit et proclamé, il faut se hâter d'ajouter que les prévisions du contrat qui ne peuvent autoriser la résistance, gardent cependant force et valeur pour garantir la compagnie de tout préjudice. La compagnie, en effet, a, dans ce cas, à exercer contre l'État, et cela à fin d'être indemnisé de tout le dommage résultant pour elle de la mesure qu'elle est tenue de subir, une action qui emprunte naturellement sa base et ses meilleurs points d'appui aux clauses du cahier des charges²⁵⁴.

²⁵⁴ DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué...*, *op. cit.* (3^e éd.), t. 3 (1870), p. 261-265.

406. Réévaluer la portée des réflexions sur les concessions de service public, pour mieux à appréhender la conceptualisation du contrat administratif. – L'idée

semble largement partagée, à partir du début des années 1910, que la concession de service public rapproche une situation réglementaire pour ce qui a trait à l'organisation et au fonctionnement du service concédé ; et une situation contractuelle pour ce qui a trait aux rapports pécuniaires intéressant le concessionnaire. Outre Maurice HAURIOU²⁵⁵, Gaston JÈZE²⁵⁶, Léon DUGUIT²⁵⁷ et Louis ROLLAND²⁵⁸ qui promurent cette doctrine, d'autres administrativistes s'y joignirent²⁵⁹. Tel le toulousain Achille MESTRE²⁶⁰. Une thèse écrite peu avant la Première Guerre mondiale reflète parfaitement bien l'assimilation de cette doctrine, qui entrevoit au sein de la concession de service public, la coexistence de deux genres de rapports juridiques. Elle ne se veut pas originale, mais présente le mérite de rapporter les différentes thèses concurrentes pour la période précédente²⁶¹. En remarquant après d'autres, la crise dont fut touchée « *la conception de l'acte de concession* »²⁶², il en signale les causes :

La préoccupation d'améliorer le service, et de pouvoir améliorer constamment, a grandi, tandis que celle de ménager la situation du concessionnaire a diminué ; en un mot, l'exploitation du service par le procédé de la concession doit être aussi souple, aussi adaptée aux besoins variables du public que s'il y avait Régie. Dès lors la conception de la concession acte exclusivement contractuel était un obstacle à la réalisation de cet idéal, et il était naturel que l'on recherchât si dans l'acte de concession il n'y avait réellement qu'un acte contractuel, ou si plutôt il n'y avait pas en même temps qu'un acte contractuel un acte législatif ou réglementaire²⁶³.

²⁵⁵ Outre ses notes critiques (précitées) publiées au *Recueil Sirey*, cf. de Maurice HAURIOU : *Précis de droit administratif et de droit public* (Paris, Larose & Tenin, 1914 (8^e éd.), p. 808 sq.). Il s'agit de la dernière édition parue avant la Première Guerre mondiale. Nous nous référons à celle-ci afin que la comparaison avec les autres auteurs, en confrontant leurs opinions exprimées entre 1910 et 1914, soit pertinente.

²⁵⁶ Outre les nombreuses notes (précitées) publiées dans la *Revue du droit public*, cf. de Gaston JÈZE : *Les principes généraux du droit administratif* (Paris, Giard & Brière, 1914 (2^e éd.), p. 428 sq.).

²⁵⁷ Outre sa note (précitée) de l'arrêt *Syndicat des propriétaires du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli* publiée dans la *Revue du droit public* (1907), cf. de Léon DUGUIT : *Traité de droit constitutionnel* (op. cit., t. 1 (1911), p. 170 sq.) & *Les transformations du droit public* (Paris, Colin, 1913, p. 133).

²⁵⁸ Cf. ceux des articles (précités) rangés sous la chronique administrative de la *Revue du droit public*, publiée entre 1909 et 1910.

²⁵⁹ Contra : Henry BERTHÉLEMY (*Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1913 (7^e éd.), p. 612 sq.) et Joseph BARTHÉLEMY (« Sur l'interprétation des lois par le Parlement : la rétroactivité des lois : l'État et le contrat », in *R.D.P.* 1911, p. 129). Les deux auteurs ne rejettent pas la jurisprudence administrative, mais la présentent sous un biais où la concession de service public demeure un contrat à part entière. L'administration peut modifier celles de ses clauses qui tiennent au fonctionnement du service concédé, sauf indemnités. Pour autant, ces deux administrativistes n'appréhendent pas autre chose qu'un contrat un et indivisible.

²⁶⁰ Cf. par exemple l'une de ses nombreuses notes d'arrêt : MESTRE Achille, Note sur l'arrêt *Compagnie des tramways électriques de Lille c. Société lilloise d'éclairage électrique* (Req., 18 avril 1910), in *Sirey* 1911. 1. 33).

²⁶¹ GAUDUCHEAU Charles, *Le concession de service public et l'autorité concédante...*, op. cit. (1912), p. 34 sq.

²⁶² *Id.*, p. 109.

²⁶³ *Id.*, p. 112-113.

Ces développements sur les conceptions successives et concurrentes auxquelles la concession s'est prêtée, nous indiquent que jamais il ne fut question de théoriser un contrat générique dont la nature pût s'appliquer à tous ceux qui ressortissaient à la juridiction administrative. Les réflexions que nous avons rapportées sont restées indépendantes de celles qui se sont attachées aux marchés de fournitures. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les arrêts *TERRIER*, *THÉRON* et *Société des granits porphyroïdes des Vosges* n'ont pas été compris par leurs contemporains comme s'ils formalisaient un concept du contrat administratif²⁶⁴. Les ressorts conceptuels qui furent sollicités à propos des concessions de service public ont été empruntés à la matière spécifique des travaux publics. Ce n'est que plus tardivement, à partir des années 1920, que la doctrine administrative rapprocha certains marchés de fournitures des concessions de service public. Désengager la genèse de la concession de service public de la théorisation du contrat administratif est salutaire. Ne fût-ce que parce qu'elle permet de discerner plus aisément les mobiles doctrinaux qui y ont présidé – lorsqu'elle fut formalisée dans l'Entre-deux-guerres²⁶⁵.

²⁶⁴ Cf. le chapitre 3, titre I, seconde partie.

²⁶⁵ Cf. le titre IV, seconde partie.

407. Conclusion du titre II. – Nous ne trouvons aucune trace d’une théorie des contrats administratifs dans les décennies de la Belle Époque. La jurisprudence administrative comme la doctrine administrative auraient-elles négligé les contrats de l’administration en ne leur accordant que trop peu d’attention ? Nous ne le pensons pas. Il existe, en dehors de notre théorie des contrats administratifs, des champs doctrinaux féconds par les biais desquels les contrats de l’administration ont été appréhendés. Bien sûr, les perspectives par lesquelles ils ont été saisis sont assez différentes des nôtres. Dans le titre précédent, nous avons démontré que le contrat administratif – locution purement contentieuse – ne recouvrait pas le concept qui nous est familier. Il contribuait à définir le contentieux administratif à la compréhension duquel il participait. Dans le présent titre, nous nous sommes intéressé à deux des principaux contrats administratifs (au sens où les contemporains de la Belle Époque les comprenaient) : les marchés administratifs et les concessions de service public. L’exécution des premiers se normalisa en mobilisant le droit civil comme un référent susceptible de mieux proportionner les prérogatives exorbitantes de l’administration. D’aucuns même augurèrent leur assimilation prochaine aux contrats du code civil. Par ailleurs, l’abandon de la juridiction ministérielle (dans les années 1880) ôta aux marchés de fournitures de l’État une singularité qui jusqu’alors les rendait irréductibles aux contrats du code civil. Pour être de la même nature que ces derniers, leur exécution les inscrivait dans une procédure dont l’accent le plus emblématique demeurait la compétence juridictionnelle – en première instance – du ministre. Pour n’être pas parfaitement univoque en ce sens, la doctrine administrative inclina à les appréhender – ainsi que tous les autres marchés – comme des contrats dont l’évolution tendancielle les destinait à converger vers le code civil, sinon à s’en rapprocher. Les marchés de fournitures de l’État ont été, au cours de ces décennies, le contrat administratif le plus exposé aux critiques adressées au contentieux administratif. Si certains administrativistes – universitaires pour la plupart – se montrèrent sensibles aux particularités dont certains contrats administratifs étaient affectés, ils orientèrent leurs analyses en les rapprochant de l’unilatéralisme – caractéristique du droit public. C’est en cela que les concessions de service public contribuèrent à spécifier un mode de gestion de l’administration irréductible au droit civil. L’oblitération de l’effet relatif de ces conventions et, plus encore, la reconnaissance de leur mutabilité y participa décisivement. Fussent-ce les prémices d’une conceptualisation des contrats administratifs ? Cela nous paraît improbable. Jusque dans les années 1920, les divers contrats administratifs n’ont pas été rapprochés entre eux : les administrativistes les considéraient depuis un point de vue qui soulignait leurs différences. Si la compétence administrative pour les concessions ne posait guère de difficulté, celle pour les marchés de fournitures soulevait des débats récurrents. D’ailleurs, il en est assez peu question sous la plume de ceux qui s’efforcèrent de conférer au droit administratif des fondements inédits pour

convaincre de son autonomie vis-à-vis du droit privé. Gaston JÈZE, par exemple, est pratiquement silencieux à leur sujet. Il eût été malaisé de rapprocher les contrats administratifs au sein d'une théorie unifiée lorsque, précisément, ils se donnaient à voir d'une manière si éclatée. Concessions et marchés ont désigné des catégories formelles tout à fait différenciées dont l'une fut caractéristique du droit public, lorsque l'autre tendait irrésistiblement vers le droit privé en confinant dangereusement avec lui.

TITRE III

L'IMPOSSIBLE CONTRAT ADMINISTRATIF : LE CONCEPT DU CONTRAT MONOPOLISÉ À DÉNOTER LE DROIT PRIVÉ (1890-1914)

408. Malgré la persistance que manifesta le Conseil d'État à analyser la concession de service public comme un contrat, la doctrine universitaire souligna ses aspects les plus singuliers afin de mettre en valeur l'empreinte unilatérale de l'action administrative. Ce n'est pas que le contrat cessa d'être pertinent pour rendre compte de la concession de service public. Seulement, certains des administrativistes les plus originaux – DUGUIT, HAURIOU, JÈZE, ROLLAND notamment – s'évertuèrent à contourner le contrat, sinon à le dépasser en s'engageant dans des perspectives doctrinales où il y fut comme déclassé. Il s'agit dans le présent titre d'apprécier cette disposition d'esprit pour en comprendre les ressorts. Pour cela, il est nécessaire d'embrasser non plus seulement l'histoire doctrinale des contrats de l'administration, mais encore l'histoire doctrinale *du* contrat. Toutes deux participent d'une dynamique aux correspondances nombreuses. Il nous paraît impossible d'entreprendre une histoire telle qu'annoncée sans élargir notre champ d'étude à la manière dont le contrat fut impliqué dans ce que d'aucuns ont nommé « le renouveau doctrinal de la Belle Époque ». Ces décennies ont vu une doctrine publiciste universitaire soucieuse de se donner une identité qui pût inciter la doctrine privatiste à la reconnaître comme son égale. Celle-ci, en lui opposant un certain dédain, s'attacha à préciser sa propre identité afin de maintenir à distance une doctrine publiciste dont elle craignit qu'elle ne concurrençât son hégémonie dans l'ordre académique ou que son prestige ne fût émoussé. Pour cela, elle employa le contrat pour expliciter l'essence du droit privé tout en dépréciant le droit public. Concomitamment, privatistes et publicistes s'évertuèrent à appréhender les mutations dont les relations contractuelles ont été l'objet avec la Seconde Révolution industrielle. Ces réflexions ont été traversées par des enjeux d'ordre académique, où il s'est agi pour l'une et l'autre doctrine de se donner une identité en rapport avec leurs prétentions, tout en monopolisant le discours doctrinal de sorte à contester aux praticiens une autorité doctrinale qui fut progressivement associée à une expertise universitaire. Ainsi, les mutations dont les contrats furent l'objet dans la pratique donnèrent lieu, incidemment, à des débats féconds dont les termes furent orientés, d'un côté par les privatistes qui érigèrent le contrat en figure emblématique du droit privé (**chapitre 2**), et de l'autre, par les publicistes qui, au contraire, se montrèrent soucieux de le marginaliser pour lui

préférer une figure empruntée à l'acte unilatéral (**chapitre 3**). Avant cela, nous souhaitons préciser les termes de notre approche (**chapitre 1**). Au vu de la problématique envisagée, les développements de ce titre recouvrent seulement la Belle Époque. Cette période correspond au renouveau doctrinal dont nous souhaitons précisément souligner les enjeux académiques. En même temps, il permet de focaliser sur une génération de publicistes arrivée aux fonctions universitaires à partir des années 1880. Le sentiment qu'ont eu les contemporains de s'inscrire dans cette inflexion générationnelle, a vraisemblablement appuyé cette conscience d'incarner une doctrine publiciste renouvelée.

Chapitre premier

Ressorts et enjeux des discours doctrinaux afférents aux contrats

409. Une histoire doctrinale du contrat solidaire des conceptions de la *summa divisio*. – La conceptualisation du contrat administratif n'est pas le fruit d'une entreprise spécifique à la doctrine publiciste. Nous ne pensons pas que sa genèse soit intelligible si nous ne portons pas nos recherches jusqu'à la doctrine privatiste. Si au XIX^e siècle les contrats n'ont pas manqué d'être appréhendés par les administrativistes, ce n'est que dans le premier XX^e siècle que se développa cette idée iconoclaste suivant laquelle il y eût des contrats d'un genre différent de ceux du droit privé. Aujourd'hui, le contrat administratif s'entend le plus souvent comme une catégorie contiguë mais distincte de celle des contrats du droit commun, quoique dérivé de la théorie générale du contrat¹. Pourtant, jusqu'au milieu du XX^e siècle,

¹ Une lecture transversale de la doctrine administrative contemporaine nous semble indiquer que la majorité des administrativistes conçoit la théorie des *contrats administratifs* – lorsque l'existence même de celle-ci n'est pas discutée – comme une déclinaison *spéciale* d'une théorie *générale* du *contrat*. Si pour l'instant nous mettons de côté le cas équivoque de Gaston JÈZE, Marcel WALINE – alors jeune professeur à la faculté de Poitiers – fut parmi les premiers de ses contemporains à développer cette idée que les contrats administratifs seraient liés aux contrats privés par une généalogie commune. Et ce dès la première édition de son *Manuel élémentaire de droit administratif* (1936) où il développa une théorie des obligations en droit administratif ; mais encore dans un article plus tardif : « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État » (*in* [collectif], *Études juridiques offertes à Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Paris, Dalloz, 1964, p. 631). Le professeur LAUBADÈRE a épousé cette approche dans son *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* (Paris, L.G.D.J., 1956 ; 1^{re} éd., 3 vol.). C'est encore en ce sens que se prononcent le professeur WALINE (fils) : *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif* (1962 ; thèse dactylogr., faculté de Paris), et « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif » (*in* [collectif], *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 978) ; – le professeur GAUDEMET : « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français » (*in* [collectif], *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean GAUDEMET*, Paris, P.U.F., 1999, p. 613) & « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire » (*in* *R.D.P.* 2010, p. 313) ; – le professeur DELVOLVÉ : « Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible ? » (*in* BONNET Baptiste & DEUMIER Pascale (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010, p. 257). Le professeur RICHER dans son *Droit des contrats administratifs* (Paris, L.G.D.J., 2008 ; 6^e éd.) nous paraît adhérer à cette conception ; conception qu'entérine pareillement Laure MARCUS dans sa thèse : *L'unité des contrats publics* (Paris, Dalloz, 2010 ; université Panthéon-Assas). Avant eux, quelques auteurs se sont signalés toujours dans le même sens. À savoir le professeur DRAGO, dans deux articles : « Paradoxes sur les contrats administratifs » (*in* [collectif], *Études offertes à Jacques FLOUR*, Paris, Répertoire notarial Defrénois, 1979, p. 151), et « Le contrat administratif aujourd'hui » (*in* *Droits* 1990, n° 12, p. 117) ; – le professeur LLORENS qui soutint une thèse dont la démonstration tend spécialement à cette appréhension des choses : *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif* (Paris, L.G.D.J., 1981 ; université Toulouse-Capitole), et du même : « Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? » (*in* [collectif], *Mélanges offerts à Max CLUSEAU*, Toulouse, Presses I.E.P., 1985, p. 377) ; – M. SINKONDO : « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? » (*in* *R.T.D. civ.* 1993, p. 239). Rares sont ceux qui ont appréhendé le contrat administratif comme un concept proprement publiciste, indépendamment de

nombre de juristes – tant privatistes qu'administrativistes – éprouvèrent alors de profondes réticences à admettre ce dualisme. Que certains contrats de l'administration fussent entourés de règles spéciales à raison des particularités pour leur passation et leur exécution, cela pouvait s'entendre comme autant d'exceptions apportées à *un* droit des contrats – c'est-à-dire au droit civil. Les contrats commerciaux offraient un exemple tout à fait entendu et souvent mobilisé pour illustrer la similitude des contrats de l'administration avec ceux des particuliers. La genèse de la théorie des contrats administratifs ne peut qu'être malaisément appréhendée si l'on n'envisage pas ce fait que dans la culture juridique française – et ce jusqu'à l'Entre-deux-guerres –, le contrat fut un concept proprement civiliste qui ne rencontra aucune concurrence. Achille MESTRE qui débuta sa carrière universitaire au début du siècle et accompagna la décomposition de ce monisme, le rappelle à un moment où le concept moderne de contrat administratif devenait généralement admis :

Le contrat constitue l'institution essentielle du droit civil, qui est demeurée longtemps si étrangère au droit public que l'expression même de « contrat administratif », combattue par nombre d'auteurs, n'est passée qu'assez récemment dans la langue juridique courante².

- 410.** Le contrat n'est pas un concept placé à la libre disposition des juristes dans une bibliothèque virtuelle du Droit. Il participait autrefois des caractères du droit privé, si bien que la doctrine privatiste en usa pour souligner sa spécificité vis-à-vis d'une doctrine publiciste qui s'efforçait à présenter le droit public comme une discipline pleinement juridique. Cette fonction à laquelle s'est prêté le contrat, a contribué à interroger la perméabilité entre droit public et droit privé, c'est-à-dire les caractères de l'un et l'autre droit. Aidant à essentialiser le droit privé, le contrat fut l'une des principales pierres d'achoppement dans les mutations de la science juridique du premier XX^e siècle. Les réflexions dont il fut l'objet ont été profondément affectées

toute parenté théorique avec le droit civil. La thèse du professeur PÉQUIGNOT est emblématique de cette doctrine : *Contribution à la théorie générale du contrat administratif* (Perpignan, Imprimerie du Midi, 1945 ; faculté de Montpellier). S'en rapprochent des auteurs de la doctrine contemporaine, comme par exemple avec le professeur RAINAUD : « Le contrat administratif, volonté des parties ou loi du service public ? » (*in* R.D.P. 1985, p. 1183) ; – et le professeur NICINSKI : « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs » (*in* [collectif], *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, Montpellier, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006 (2 vol.), t. 1, p. 45). Quant au professeur PLESSIX, celui-ci n'est pas moins convaincu que la science du droit des contrats administratifs est – ne fût-ce qu'historiquement – le fruit d'une autonomisation vis-à-vis du droit privé (*L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 744 ; thèse de doctorat, université Panthéon-Assas). Par contraste, le professeur BRENET s'est évertué à démontrer que la théorie des contrats administratifs tend à se privatiser en conséquence de son succès : moins contestée qu'elle ne l'était à l'époque de ses premières expressions, l'affirmation de son autonomie se fait de moins en moins sentir. Cf. sa thèse : *Recherches sur l'évolution du contrat administratif* (2002 (2 vol.) ; thèse dactylogr., université de Poitiers), et son article : « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes » (*in* A.J.D.A. 2003, p. 919).

² MESTRE Achille, Note sur l'arrêt *Bureau international de l'édition musico-mécanique* (C.E., 21 janvier 1938), *in* Sirey 1940. 3. 9.

par ces enjeux autant doctrinaux qu'académiques qui rapprochèrent la conception du contrat au droit privé à l'identité duquel il fut attiré. L'histoire d'une conceptualisation des contrats administratifs oblige à s'attarder sur les enjeux dont le contrat fut le nœud au début du XX^e siècle – c'est-à-dire pendant la Belle Époque. Celui-ci est chargé de valeurs qui se laissent voir à l'aune des fonctions doctrinales que l'on lui prêta. Évoquer l'idée d'un contrat administratif, c'est déjà conclure à une certaine acception des rapports contractuels de l'administration. Considérée seulement dans le champ du droit public, la conceptualisation du contrat administratif apparaît comme une entreprise étrange, dont les ressorts ne peuvent rester que mystérieux et s'offrir à des explications mystificatrices. L'une des principales thèses à ce sujet en rapporte la genèse à une époque où la doctrine administrative se serait extirpée des méthodes exégétiques dans lesquelles la doctrine administrative du XIX^e siècle s'était jusqu'alors cantonnée ; si bien que cette dernière n'aurait jamais su proposer aucune théorie des contrats administratifs, mais seulement des descriptions laborieuses. Le professeur PLESSIX a fait une démonstration de « *l'impuissance de la doctrine publiciste à élaborer le droit des contrats publics* »³. Plus récemment, M. SARLANDIE DE LA ROBERTIE a repris le cadre de cette approche pour souligner « *les carences théoriques de la doctrine administrative* », tout en admettant que les administrativistes du XIX^e siècle contribuèrent décisivement à la théorisation par Gaston JÈZE des contrats administratifs en lui fournissant la « *matrice théorique* » nécessaire à son entreprise doctrinale⁴. À notre avis, ces recherches historiques exposent la doctrine publiciste du XIX^e siècle sous un biais qui en déprécie la valeur. Il ne s'agit pas d'affirmer l'inverse, c'est-à-dire qu'elle eût dégagé une théorie des contrats administratifs à l'instar de celle que nous adoptons aujourd'hui. Elle appréhenda les contrats de l'administration suivant des préoccupations différentes des nôtres. Nous avons souvent insisté sur l'idée suivant laquelle la locution de contrat administratif fut fréquemment employée depuis le début du XIX^e siècle pour décider du partage des compétences administratives et judiciaires⁵. C'est en ce sens qu'elle est encore – presque exclusivement – mobilisée jusque dans l'Entre-deux-guerres. Cette acception fut tout à fait efficiente au point de vue contentieux⁶. Le contrat administratif n'est restait pas moins un contrat au sens où les privatistes se le définissaient. Ce d'autant plus facilement que les administrativistes n'ont – au moins jusque dans les premières décennies du XX^e siècle – jamais entendu remettre en question la théorie civiliste des obligations⁷. Cependant,

³ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, op. cit. (2003), p. 722 sq.

⁴ SARLANDIE DE LA ROBERTIE Aloys, *Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif (1789-1964)*, Villeneuve-d'Ascq, Atelier nationale de reproduction des thèses, 2012 (thèse de doctorat, université de Perpignan), p. 324 sq.

⁵ Cf. spécialement le chapitre 2, titre IV, première partie.

⁶ Cf. en ce sens le titre I, seconde partie.

⁷ Suivant cette hypothèse, l'affirmation du professeur GAUDEMET selon quoi « *le contrat administratif n'est*

des interrogations récurrentes assaillirent à partir des années 1900 les caractères du contrat. Celles-là ne furent pas seulement le fait de la doctrine administrative, mais de l'ensemble de la doctrine française qui pour des raisons diverses, parfois dissemblables, s'est mise à débattre du contrat à l'aune des évolutions sociales qui ont peu à peu affecté le Droit.

411. Une histoire du contrat administratif ne saurait être entreprise sans intégrer à son champ d'étude ces réflexions qui se multiplièrent à partir des années 1890 jusqu'à la fin de l'Entre-deux-guerres. Ce fut probablement le sentiment des professeurs RIVERO et SAVATIER qui, dans les années 1950, rapprochèrent contrat de travail et contrat administratif.

On a mis en relief ce qui sépare fondamentalement le contrat de travail de tous les autres contrats privés, et c'est précisément le fait qu'il fonde l'assujettissement d'une personne à l'autorité d'une autre. Mais on n'a pas souligné l'affinité qui en résulte entre le contrat de travail et les contrats administratifs, par lesquels un particulier s'engage à accomplir une tâche pour le compte de l'administration et sous son autorité⁸.

Ce parallèle n'est pas incongru pour peu que nous considérions la genèse du droit du travail comme science académique⁹. Il l'est encore moins si nous nous rapportons à la formalisation du contrat de travail, peu ou prou concomitante à celle du contrat administratif, et dont les vicissitudes doivent beaucoup aux mutations doctrinales qu'a connu le contrat au sein même de la doctrine privatiste¹⁰. Peu avant la Seconde Guerre mondiale, c'est le professeur montpelliérain Louis DELBEZ qui rapprochait du droit public le contrat de travail, en écho avec un thème doctrinal devenu classique dans le courant des années 1920 : la publicisation des contrats. Suivant ce

pas né contrat » peut paraître ambivalence (« Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », in *R.D.P.* 2010, p. 315 *sq.*). Cette hypothèse historique nous semble projeter en arrière une problématique tout au plus contemporaine du XX^e siècle.

⁸ RIVERO Jean & SAVATIER Jean, *Droit du travail*, Paris, P.U.F., 1956 (1^{re} éd.), p. 5-6. Dans un bref article, Jean RIVERO développe d'une manière plus contrastée ces analogies qui – à travers les contrats par exemple – peuvent rapprocher ces deux sciences juridiques : « Droit du travail et droit administratif » (in *Droit social* 1960, p. 609).

⁹ Cf. en ce sens l'article du professeur TOUZEIL-DIVINA : « D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier... au droit du travail » (in TOUZEIL-DIVINA Mathieu & SWEENEY Morgan (dir.), *Droits du travail & des fonctions publiques : unité(s) du Droit ? Influences, convergences, harmonisations*, Le Mans, Éditions l'Épitoge, 2012, p. 9) ; ainsi que les travaux du professeur HORDERN et ceux à la réunion desquels il a contribué : « Construction d'une histoire du droit du travail » (*Cahiers de l'institut régional du travail d'Aix-en-Provence* 2001, n° 9).

¹⁰ Cf. à cet égard l'article du professeur DOCKÈS : « Autour des origines du contrat de travail » (in [collectif], *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse CARLIN*, Paris, Éditions la Mémoire du Droit, 2008, p. 317). Cf. en outre les travaux publiés dans les *Cahiers de l'institut régional du travail d'Aix-en-Provence*. En particulier ceux du professeur HORDERN publiés sous le titre : « Du louage de services au contrat de travail ou de la police au droit (XVIII^e – XX^e siècle) » (1991, n° 3) ; les travaux collectifs publiés dans le cadre d'une « Construction d'une histoire du droit du travail » (2001, n° 9) et d'une « Histoire du contrat de travail » (2004, n° 12 et 2005, n° 13).

dernier, le contrat de travail eût été, derrière ses atours contractuels, aussi peu un contrat que le contrat administratif. Son argumentation nous interpelle car elle s'articule autour d'une certaine idée de la *summa divisio* qui l'étaye.

Le droit privé est (...) le domaine des obligations librement discutées entre parties égales (...) et aussi des situations juridiques stables, faites de droits subjectifs solidement protégés. Le contrat, source normal des obligations dans un régime de liberté, répond parfaitement à ces données.

Le droit public est, au contraire, le domaine des obligations imposées, uniformes et précaires. (...) Autorité, uniformité, précarité, c'est sous la règle de cette trilogie peu engageante que se présente le droit public. (...)

Il était donc normal que le régime juridique du contrat de travail, pour se conformer à l'évolution sociale présente, se détachât du droit privé et se rapprochât du droit public. C'est pourquoi ce sont aujourd'hui les principes du droit public qui inspirent et sous-tendent les solutions positives. C'est pourquoi ce sont les concepts du droit public qui les éclairent et les expliquent. C'est pourquoi, selon l'expression du doyen JOSSERAND, le contrat de travail s'est fortement et profondément « publicisé ». (...)

C'est sur toute la ligne le triomphe du droit public. Seulement, il s'agit d'une sorte de droit public honteux, qui persiste à se dissimuler sous les formules périmées du droit contractuel¹¹.

Par une démarche aux ambitions différentes, il s'agit de la même chose lorsque le professeur montpelliérain MORIN confronte la « *technique classique du droit public et du droit privé, dominée l'une, par le concept de souveraineté absolue de l'État, l'autre, par le concept de l'autonomie illimitée de l'individu* »¹². L'essentialisation du droit public et du droit privé, emblématisés l'un par le contrat, l'autre par la loi (figure de l'acte unilatéral)¹³, y est vertement critiquée pour promouvoir un « *concept organique* » qui se substituerait au « *concept contractuel* »¹⁴.

412. Une histoire des contrats administratifs solidaire de celle des contrats d'adhésion. – Quelques années auparavant, Gilberte BICHOFTE étudiait la nature juridique de la relation constitutive de la fonction publique en rejetant tout à la fois la forme purement contractuelle, et l'autre purement réglementaire ou institutionnelle¹⁵.

¹¹ DELBEZ Louis, « Une conquête du droit public : le contrat de travail », in *R.D.P.* 1939, p. 482-484. Cet administrativiste ne fut pas isolé dans cette opinion. Roman LONGCHAMPS DE BÉRIER – professeur de droit civil à l'université de Lwów (Pologne) – engagea une étude dans le même sens, par laquelle il concluait : « *Toutes les modifications effectuées par le droit public dans le contrat de travail n'ont pour résultat qu'une socialisation du droit privé* » (« L'influence du droit public sur le contrat de travail dans le droit civil polonais », in [collectif], *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard LAMBERT*, Paris, Sirey, 1938 (3 vol.), t. 3, p. 558).

¹² MORIN Gaston, « Vers la révision de la technique juridique », in *Archives de philosophie du droit* 1931, p. 75.

¹³ Cf. MORIN Gaston, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Alcan, 1925.

¹⁴ MORIN Gaston, « Vers la révision de la technique juridique », in *Archives de philosophie du droit* 1931, p. 80.

¹⁵ Cf. BICHOFTE Gilberte, *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ? Fonction publique et contrat*, Paris, Tenin, 1927 (thèse de doctorat, faculté de Nancy ; présidée par RENARD, professeur de droit administratif).

Nonobstant les opinions particulières qu'elle y défendit, les interrogations qu'elle souleva s'apparentent pour beaucoup à celles dont le contrat de travail fut sujet à la même époque. L'auteur y discute les alternatives conceptuelles qui s'échelonnent entre deux extrémités – le contrat et le règlement. Antagonisme prolongé, amplifié et sublimé par celui entre droit privé et droit public, à propos duquel consensualisme et unilatéralisme se confrontent comme deux modèles dont la pureté se renforce de leurs oppositions. Les conceptions du contrat ne sont jamais indifférentes aux enjeux qui, en le traversant, le détermine. Renforcée par l'autonomie des savoirs académiques autour desquels s'articule la *summa divisio*, celle-ci sert à dresser une dichotomie dont l'histoire est également celle du contrat.

Nous n'avons rencontré jusqu'ici (...) que des opinions auxquelles nous ferions volontiers le grief de monisme : situation contractuelle ou situation statutaire ; l'une *ou* l'autre ; point d'alliance possible entre les deux. (...)

Dans la notion contractuelle, [la doctrine] n'aperçoit, en général, que le type de la convention civile, dominée par le double principe de la liberté absolue de la volonté des parties, à l'origine de leurs relations juridiques, et de la force exécutoire absolue des stipulations échangées, pendant tout le cours de ces relations, quoiqu'il advienne par la suite. Bref, dans le contrat civil, l'élément subjectif de la volonté l'emporte sur l'objet de la convention ; ce sont les volontés des contractants qui construisent de toutes pièces l'objet de leurs obligations mutuelles, sans autres restrictions que le respect de l'ordre public. Et il faut bien dire, que le contrat ainsi entendu, tout conciliation est impossible avec le principe légal et réglementaire qu'on découvre constamment dans les relations du fonctionnaire de l'administration.

Mais il s'agit de savoir si cette notion civiliste du contrat est la seule qui soit concevable¹⁶.

Ces tensions doctrinales procèdent pour une large part d'une mise en cause du contrat, assez bien illustrée par cette locution avancée par Raymond SALEILLES au début des années 1900 : le contrat d'adhésion¹⁷. Sans jamais avoir été élevée au rang de concept, celle-ci eut le mérite de faire débattre des éléments constitutifs du contrat pour en discuter la pertinence à l'aune des évolutions consécutives de la Seconde Révolution industrielle. Cet essai doctrinal ne fut pas sans influence dans la promotion du contrat de travail, autour duquel se dégagera – à l'initiative de quelques-uns comme le professeur nancéen Paul DURAND – une discipline académique autonome¹⁸. Il en va de même pour le développement ultérieur du droit de la

¹⁶ *Id.*, p. 13-14.

¹⁷ Cf. SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901, p. 229-230. À ce propos, cf. CHÉNÉDÉ François, « Raymond SALEILLES : le contrat d'adhésion », *in Revue des contrats* 2012, p. 241 & 1017.

¹⁸ Suivant des réflexions continues sur plusieurs années, Paul DURAND publia plusieurs articles inclinant à ériger le droit du travail en une science autonome du droit civil. Cf. par exemple : « Le dualisme de la convention collective de travail » (*in R.T.D. civ.* 1939, p. 353) ; « Une orientation nouvelle du droit du travail : l'ordre économique et le droit du travail » (*in Dalloz* 1941, chron. p. 29) ; « La contrainte légale dans la formation du droit contractuel » (*in R.T.D. civ.* 1944, p. 73) ; « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail » (*in JCP* 1944, I, 387) ; « Le particularisme du droit du travail » (*in Droit*

consommation, à partir des années 1970¹⁹.

413. Le contrat d'adhésion ne laissa pas non plus indifférents les administrativistes, lesquels s'attachèrent à penser autrement les relations engageant l'administration : tant avec ses agents, ses usagers, qu'avec ses partenaires économiques. Les ouvrages et thèses afférents à la conceptualisation du contrat administratif discutèrent souvent du contrat d'adhésion comme d'une idée dissolvante du concept classique du contrat. À ce titre, il aida à concevoir une alternative au contrat compris dans son acception classique, soit pour lui en opposer une autre, soit pour s'échapper de son orbite en formalisant un concept concurrent. Avant cela, le contrat d'adhésion fut comme le fer de lance des critiques adressées à la doctrine de l'autonomie de la volonté – fondatrice de la théorie des contrats – dans le premier XX^e siècle. C'est pourquoi il suscita des controverses récurrentes, autour desquelles des doctrines originales se sont développées en rupture avec l'acception usuelle du contrat. Il s'est présenté comme un point de diffraction auquel des théories publicistes iconoclastes se sont rapportées pour justifier leur autonomie vis-à-vis du droit privé. En effet, la locution « contrat d'adhésion » infusa l'ensemble des discours doctrinaux – tant privatistes que publicistes – réagissant aux mutations que le Droit connut dans le premier XX^e siècle et que bon nombre comprirent comme la socialisation du Droit²⁰. C'est notamment par son truchement que certains administrativistes envisagèrent un discours sur les contrats, portés par cette ambition d'assigner au droit public une identité qui ne fût plus redevable de la théorie civile du contrat. Aussi souhaiterions-nous rendre compte de cette hypothèse : le contrat administratif ou plutôt les divers concepts qui

social 1945, p. 298) ; « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle » (*in Droit social* 1952, p. 437).

¹⁹ Alors que plusieurs thèses ont été entreprises dans les premières décennies du XX^e siècle sur les contrats d'adhésion (la dernière datant de 1935), ce n'est que dans les années 1970 qu'une autre d'envergure fut réalisée – concomitamment à la genèse du droit de la consommation (*cf.* BERLIOZ Georges, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973). D'un concept indécis, cette locution doctrinale fut employée à contenir les abus générés par l'essor de la grande consommation. En témoignent des réflexions entamées à partir du milieu du XX^e siècle par l'avocat LEAUTÉ (« Contrats-types », *in R.T.D. civ.* 1953, p. 430) ou le professeur RIEG (« Contrat type et contrat d'adhésion », *in Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris*, 1970, n° 33, p. 105). Le développement d'une législation tutélaire des intérêts des consommateurs (en France à partir de 1978) relégua la locution aux marges de la doctrine (*cf.*, par exemple, l'article du professeur québécois POPOVICI : « Les contrats d'adhésion, un problème dépassé ? », *in* [collectif], *Problèmes de droit contemporain : mélanges Louis BAUDOUIN*, Montréal, Presses universitaires de Montréal, 1974, p. 161). Le contrat d'adhésion ne fit plus que désigner une législation spéciale, inféodée à la théorie générale des obligations. *Cf.* l'ouvrage collectif : *Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur* (Paris, E.N.A.J., 1979) ; – l'article de l'avocat BERLIOZ : « Droit de la consommation et droit des contrats » (*in JCP G.* 1979, I, n° 2954) ; – et celui du professeur ROUHETTE : « "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat » (*in* [collectif], *Études offertes à René RODIÈRE*, Paris, Dalloz, 1981, p. 247).

²⁰ Si des travaux épars rendirent compte de l'empreinte sans cesse plus prégnante du social sur la latitude donnée à l'individu, cette expression – celle de « socialisation du droit » – reçut une large audience à partir d'un article remarqué du professeur montpelliérain Joseph CHARMONT : « Socialisation du droit. Leçon d'introduction d'un cours de droit civil » (*in Revue métaphysique et de morale* 1903, p. 380).

s'y rapportèrent dans l'Entre-deux-guerres, résultèrent tous d'un désenchantement à l'égard d'un modèle contractuel fondé exclusivement sur la liberté contractuelle et l'égalité des parties – deux principes qui se sont cristallisés autour de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Le contrat d'adhésion contribua à débattre des influences réciproques entre droit privé et droit public, voire à penser ce que d'aucuns ont analysé par la publicisation du droit privé. Indépendamment des contingences jurisprudentielles qui ont précipité la conceptualisation du contrat administratif dans l'Entre-deux-guerres, celle-ci fut concomitante de la dénaturation du contrat qui ne fut plus autant conçu comme un déterminant exclusivement privatiste. Ces synergies doctrinales sont pour beaucoup dans la promotion d'un concept original – celui du contrat administratif – dont l'enjeu ne fut pas tant de sertir autrement un contentieux administratif contractuel, que celui d'accuser des évolutions dont les répercussions subversives sur la théorie classique du contrat ont été lourdes d'influence dans les rapports entre les doctrines privatiste et publiciste. Entre une doctrine publiciste désireuse de se promouvoir à l'égale de son homologue privatiste, et une doctrine privatiste ébranlée jusque dans ses fondements par des évolutions sociales difficiles à assimiler, certaines des théories administratives s'évertuèrent dans un premier temps à faire l'économie du contrat pour appréhender des rapports juridiques qui, ordinairement, l'étaient par son biais. Puis les bouleversements introduits par la jurisprudence administrative à partir de la fin des années 1910 ont conduit une partie de la doctrine administrative à réintégrer au sein de la théorie du droit administratif le contrat, dont la valeur n'était plus autant caractéristique du droit privé. Cette épreuve de récupération par l'effet d'une entreprise doctrinale d'appropriation – et de singularisation – est à l'origine de nos débats contemporains sur la nature du contrat administratif.

- 414. Les mutations de la doctrine universitaire à la charnière des XIX^e et XX^e siècles.** – Les interrogations doctrinales dont le contrat fut l'objet ne sont qu'une des manifestations de ce que nombre de nos contemporains appellent « le renouveau doctrinal de la Belle Époque » – et à l'étude duquel ont notamment contribué les professeurs AUDREN & HALPÉRIN²¹ pour le droit privé ; ou bien dans une approche plus unitaire du Droit, les professeurs HAKIM & MELLERAY²². Encore que d'autres méritent d'être également cités : tels par exemple les professeurs JESTAZ et JAMIN pour le droit privé²³, ou les professeurs BIGOT²⁴ et TOUZEIL-DIVINA²⁵ pour le droit

²¹ Cf. AUDREN Frédéric & HALPÉRIN Jean-Louis, *La culture juridique française, entre mythes et réalités (XIX^e – XX^e siècles)*, Paris, C.N.R.S. éditions, 2013 ; et du dernier auteur : *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, P.U.F., 1996 (1^{re} éd.). En outre, le n° 29 de la revue *Mil neuf cent* a été spécialement consacré au sujet suivant : *La Belle Époque des juristes. Enseigner le droit dans la République* (2011).

²² Cf. HAKIM Nader & MELLERAY Fabrice (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 2009.

²³ Cf. en particulier de ces auteurs leur présentation critique précédant la réédition de *L'interprétation du Code*

public. Il y a une commodité dont il ne faut pas être dupe à situer une renaissance doctrinale à partir des années 1880. Celle-ci laisserait supposer que les juristes se seraient subitement élevés pour sortir d'un moyen-âge dans lequel l'exégèse du code civil – sinon une « nomophilie »²⁶ – les eût contenus²⁷. Cette partition historique ajuste les juristes antérieurs à cette décennie à l'idée défavorable dans laquelle l'on tient couramment le XIX^e siècle. Le terme de « nouveau » en lequel résonne celui de « Renaissance » emporte une somme de préjugés qui seront toujours regrettables pour l'historien qui craindra que son regard ne soit orienté à son insu. S'agissant du droit public, cette période renvoie moins à une naissance du droit administratif qu'à une inflexion dont le contraste avec le XIX^e siècle ne doit en rien être exagéré. Elle est pertinente pour organiser l'histoire du droit administratif, plutôt qu'elle ne lui assignerait un *terminus a quo*. Ces partitions auxquelles oblige la clarté des démonstrations doivent toujours être dépassées par ceux même qui les proposent pour la commodité de leur démonstration. Elles n'ont jamais qu'une finalité didactique, là où une histoire continue dénuée de toutes scansions emporterait un effet dissolvant. Les ouvrages par lesquels ce « nouveau » a pris forme seront toujours une source précieuse en même temps que captieuse. Nous pensons particulièrement à François GÉNY²⁸, Julien BONNECASE²⁹ et Eugène GAUDEMET³⁰ pour le droit privé ; Maurice HAURIOU³¹ et Achille MESTRE³² pour le droit

civil en France depuis 1804 d'Eugène GAUDEMET (Paris, Éditions la Mémoire du Droit, 2002), et leur ouvrage commun : *La doctrine* (Paris, Dalloz, 2004). Cf. encore du premier auteur : « Dix-neuf cent : crise et nouveau dans la culture juridique » (in ALLAND Denis & RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 380).

²⁴ Cf. en particulier plusieurs de ses articles consacrés à l'histoire du droit administratif, rassemblés dans un ouvrage récent : *Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public* (Paris, Éditions la Mémoire du Droit, 2015).

²⁵ Cf. en particulier ses travaux de thèse, notamment cet ouvrage qui en est issu : *La doctrine publiciste, 1800-1880. Éléments de patristique administrative* (Paris, Éditions la Mémoire du Droit, 2009).

²⁶ Cf. RIALS Stéphane, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 369 sq.

²⁷ Ce n'est pas dire que cette partition historique soit impropre à n'étayer aucune étude historique. Les professeurs HAKIM et MELLERAY en proposent une justification tout à fait probante (*Le nouveau de la doctrine française...*, op. cit. (2009), p. 1 sq.).

²⁸ Cf. de François GÉNY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (1899).

²⁹ Ce professeur grenoblois (1909) puis bordelais (1917), a écrit de nombreux ouvrages ou articles sur l'histoire doctrinale du droit privé, tant et si bien que le professeur JAMIN a pu le désigner comme « l'historien quasi-officiel de la doctrine du XIX^e siècle » (« L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », in R.T.D. civ. 1994, p. 816). Citons parmi ses œuvres pertinentes à notre propos : *La Thémis (1819-1831) : son fondateur, Athanase JOURDAN* (1912), dont la seconde édition (1914) comprend en outre une *Introduction générale de la science du droit privé en France de 1789 à 1830* ; *L'école de l'exégèse en droit civil : les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants* (1919) ; et *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente : ses variations et ses traits essentiels* (1933, 2 vol.).

³⁰ Cf. d'Eugène GAUDEMET : *L'interprétation du code civil en France depuis 1804* (1935).

³¹ Cf. de Maurice HAURIOU cet article : « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII » (R.G.A. 1892, II, p. 385 et III, p. 15) ; également publié dans la deuxième édition de son *Précis de droit administratif* (1893), puis dans le *Répertoire du droit administratif* de BÉQUET (t. 14, 1897). Cf. également un article où il revendique pour la génération de 1880 une démarche régénératrice : « Notice sur les œuvres de

administratif. L'emploi qu'ils ont fait de l'histoire a tendu à faire ressortir ce que leurs doctrines respectives avaient de novatrices³³. Cette démarche qui se tourne vers le passé pour mieux s'en démarquer est un témoignage particulièrement symptomatique de cette conscience qu'ont eu ces contemporains d'inventer un droit nouveau – sinon de le régénérer³⁴. D'aucuns n'ont en rien diminué la réputation de ces auteurs en rapportant cette mobilisation biaisée de l'histoire³⁵. Quoi qu'il en soit, cette représentation historique par les acteurs même du « renouveau » de la Belle Époque, nous incite à emprunter cette partition historique dont la dimension performative est à elle seule un document d'histoire. Il ne s'agit pas tant d'une borne chronologique objective que d'une source historique, étant précisé que c'est la conscience par les contemporains d'une rupture qui nous importe, plutôt que la réalité – toute virtuelle – de celle-ci³⁶.

Léon MICHOUX » (*in* R.D.P. 1916, p. 483 ; encore publié dans : *Annales de l'université de Grenoble* 1917, p. 7).

³² Cf. d'Achille MESTRE : « L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919 » (*in* [collectif], *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)*. – *Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, Paris, L.G.D.J., 1922-1923 (2 vol.), t. 2, p. 19).

³³ *A pari* : ATIAS Christian, *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991 (2^e éd.), p. 96-99.

³⁴ Nous pourrions viser une littérature qui devint presque archétypale, et consistant à souligner les mutations – juridiques ou autres – dont l'auteur fut contemporain. Ainsi – Gabriel TARDE, Maxime LEROY, Joseph CHARMONT et Léon DUGUIT qui dans les premières décennies du XX^e siècle publièrent des ouvrages dont les titres mêmes signalent cette conscience d'une rupture : *Les transformations du droit* (1893), *Les transformations du pouvoir* (1899), *Les transformations de la puissance publique* (1907), *Les transformations du droit civil* (1912), *Les transformations du droit privé* (1912), *Les transformations du droit public* (1913). Après la Première Guerre mondiale, nous pouvons encore citer le n° 4 (1925) des *Cahiers de la nouvelle journée* intitulé : *La cité moderne et les transformations du droit* (où y ont contribué HAURIOU, BONNECASE, RENARD, ROLLAND & CUCHE).

³⁵ Cf. relativement à Julien BONNECASE, l'article du professeur HAKIM : « Julien BONNECASE : historien de la science juridique ? » (*in* *Études d'histoire du droit et des idées politiques* 2006, n° 10, p. 291) ; ou relativement à Eugène GAUDEMET, la présentation critique des professeurs JAMIN et JESTAZ précédant la réédition de *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804* (2002). Plus fondamentalement, l'histoire de la doctrine privatiste a été réévaluée à partir des années 1980, à l'occasion de réflexions entreprises sur le statut épistémologique de la doctrine. À rebours de travaux comme ceux du professeur HUSSON (« Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *in* *Archives philosophiques du droit* 1972 p. 115 ; « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *in* R.T.D. civ. 1976, p. 431), voir par exemple les contributions des professeurs ATIAS (« Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930) », *in* R.R.J. 1981, p. 189 ; « Progrès du droit et progrès de la science du droit », *in* R.T.D. civ. 1983, p. 692), RÉMY (« Éloge de l'exégèse », *in* R.R.J. 1982, p. 254 ; de nouveau publié dans la revue *Droits* : 1985, n° 1, p. 115), ou JAMIN (« L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *in* R.T.D. civ. 1994, p. 815). Cf. relativement à Maurice HAURIOU, l'article du professeur TOUZEIL-DIVINA : « Maurice HAURIOU, mystificateur ou héros mythifié ? » (*in* TOUZEIL-DIVINA Mathieu (dir.), *Miscellanées Maurice HAURIOU*, Le Mans, Éditions l'Épilogue, 2013, p. 83).

³⁶ Nous nous permettons de renvoyer au bel article du professeur AUDREN : « Le “moment 1900” dans l'histoire de la science juridique française », *in* JOUANJAN Olivier & ZOLLER Élisabeth (dir.), *Le “moment 1900” : critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2015, p. 55.

415. Le sentiment d'une rupture à l'égard des générations précédentes s'est le plus vivement ressenti à propos de la méthode, exacerbant la conscience que la doctrine avait d'elle-même – une doctrine plus exclusivement universitaire, assise autour de la figure du professeur plutôt que de celle de l'avocat et du magistrat³⁷. Les professeurs AUDREN & HALPÉRIN s'y sont attardés³⁸. L'exemple du professeur bordelais BONNECASE qui a traité de la « *pensée juridique française* » depuis le début du XIX^e siècle³⁹, est emblématique de cette doctrine qui – en rapport avec une conception évolutive du Droit – s'est donnée un office qui lui conférât une singularité identitaire. Il atteste par là-même de la conscience – par les professeurs essentiellement – de constituer une communauté incarnée à travers l'institution universitaire⁴⁰, dotée d'une méthode propre à lui permettre de prétendre contribuer aux sources du Droit. Il s'agit moins d'un changement effectif du rôle de la doctrine qui, après avoir été l'exégète de la Loi, se serait réinvitée critique du Droit ; que d'un glissement dans la manière dont la doctrine s'est représentée sa raison d'être⁴¹. En ce sens, les travaux du professeur dijonnais GÉNY – qui n'ont pas été isolés – furent spécialement remarqués⁴². Les recherches historiques sur le fondateur de la revue *Thémis* – Jourdan ATHANASE –, comme la dénonciation de l'« École de l'exégèse » par Julien BONNECASE participent d'une ambition similaire. Individualiser un corps savant comme distinct du reste de la communauté juridique, c'est-à-dire des praticiens ; formaliser une méthodologie exclusivement autorisée à énoncer un savoir *scientifique* sur le Droit ; assigner à la doctrine une finalité dans l'expression du Droit⁴³. La

³⁷ Selon l'opinion du professeur HAKIM, « *il apparaît (...) que [la doctrine du] XIX^e siècle ignore la domination structurelle des professeurs* » ; en comparaison à celle du XX^e siècle où prévalent les formes « *professorale et dogmatique* » (« La contribution de l'université à l'élaboration de la doctrine civiliste au XIX^e siècle », in [collectif], *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?*, Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 17-18). *A pari* : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste...*, *op. cit.* (2009), p. 22).

³⁸ AUDREN Frédéric & HALPÉRIN Jean-Louis, *La culture juridique française...*, *op. cit.* (2013), p. 111 *sq.*

³⁹ BONNECASE Julien, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, Delmas, 1933 (2 vol.), t. 1, p. 65 *sq.*

⁴⁰ Ses travaux sur l'histoire doctrinale du droit privé se doublent d'ailleurs de nombreuses études touchant aux facultés de droit et à l'enseignement universitaire ; et publiées dans la *Revue générale du droit* : cf. par exemple *Qu'est-ce qu'une faculté de droit ?* (1929) ou *Clinique juridique et facultés de droit* (1931).

⁴¹ Cf. GOUBEUX Gilles, « Il était une fois... la doctrine », in *R.T.D. civ.* 2004, p. 239 (article écrit en réaction à l'ouvrage des professeurs JESTAZ et JAMIN, intitulé : *La doctrine*) ; et HAKIM Nader, « Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine », in *R.H.F.D.* 2007, n° 27, p. 459.

⁴² Cf. les deux ouvrages de François GÉNY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899, préalablement publié dans la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* entre 1897 et 1898) ; suivi de *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924, 4 vol.). À propos de la contribution de ce dernier à la science du droit : François GÉNY, *mythe et réalités (1899-1999). Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique* (Cowansville (Canada), Éditions Yvon Blais 2000). Les dernières années de la Belle Époque attestent de cette attention portée à la méthode juridique. Cf. par exemple les leçons qui ont été prononcées au Collège libre des sciences sociales en 1910, à l'instigation de Raymond SALEILLES (*Les méthodes juridiques*, 1911).

⁴³ L'ouvrage novateur d'Henri CAPITANT sur la jurisprudence civil incarne parfaitement cette conception des choses : « *Les juristes contemporains ont compris que leur mission consistait à étudier, à critiquer ce droit en formation,*

convergence de ces enjeux ressort assez bien sous la plume de ce même auteur qui consacra de longs développements sur la doctrine juridique des premières décennies du XX^e siècle⁴⁴. Les thèses de François GÉNY sur la science et la technique – largement reçues et critiquées par ses contemporains – ont fondamentalement renouvelé les conditions d'énonciation du discours doctrinal⁴⁵. Consciente d'élaborer un savoir juridique autonome de la Loi et de la jurisprudence, la doctrine universitaire bouleversa la méthodologie jusqu'à la terminologie. De nouveaux horizons doctrinaux se sont déployés par le biais de cette distanciation introduite entre le Droit – au sens de droit positif – et la doctrine juridique – au sens de discours savant. La promotion concomitante de l'histoire du droit et du droit comparé n'est pas fortuite pensons-nous⁴⁶.

416. Les métamorphoses de l'enseignement universitaire entrevues à l'aune de la littérature doctorale. – Les transformations qui ont affecté l'enseignement universitaire dans les années 1880-1890⁴⁷ ont accompagné cette inflexion, autant qu'elles l'ont amplifiée. Le témoignage le plus probant fut l'essor des thèses de doctorat dont la qualité scientifique attisa le dynamisme doctrinal. Henri CAPITANT a très bien perçu la valeur de la littérature doctorale, nonobstant sa valeur inégale⁴⁸. Le

à le dégager de la masse des décisions où il se trouve enfoui comme le minerai dans le sol, à le mettre au jour, à le déponiller de ses scories, en un mot à le systématiser. C'est à eux, en effet, qu'incombe cette mission de découverte, de direction et de redressement. Les magistrats, absorbés par le jugement des procès qui viennent successivement devant eux, statuant sur des espèces toujours variables ne peuvent saisir les traits généraux des règles à l'élaboration desquelles ils participent. (...) C'est pourquoi les Maîtres de nos Facultés se penchent aujourd'hui sur les décisions de la jurisprudence, comme le savant sur la matière, pour en scruter la composition. Mais, à la différence du savant, qui observe les choses du monde extérieur, le juriste travaille sur une matière essentiellement mouvante et changeante, parce qu'elle est l'œuvre de la volonté des hommes. Aussi son rôle ne se borne-t-il pas à observer ; il doit critiquer à l'occasion, en vue de redresser, s'il se peut, l'interprétation que les tribunaux donnent des textes des lois. Quoi qu'il en soit, le juriste ne peut aujourd'hui se flatter de connaître le droit que s'il complète et vivifie l'étude des textes par celle de la jurisprudence » (Les grands arrêts de la jurisprudence civile. – Supplément au Cours élémentaire de droit civil français d'Ambroise COLIN et H. CAPITANT, Paris, Dalloz, 1934 ; 1^{re} éd., p. v-vi).

⁴⁴ BONNECASE Julien, *Supplément* [à la troisième édition du] *Traité théorique et pratique de droit civil* par G. BAUDRY-LACANTINERIE, Paris, Tenin, 1924-1935 (6 vol.), t. 1, p. 364 sq.

⁴⁵ À rapprocher de l'article d'Édouard LAMBERT : « Une réforme nécessaire des études de droit civil » (*in Revue internationale de l'enseignement* 1900, p. 229) ; et ceux de Raymond SALEILLES : « École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents » (*in R.T.D. civ.* 1902, p. 80) & « Le code civil et la méthode historique » (*in* [collectif], *Le code civil (1804-1904). – Livre du centenaire publié par la Société d'études législatives*, Paris, Rousseau, 1904 (2 vol.), t. 1, p. 97) – avec une mise en perspective du professeur JAMIN : « Le vieux rêve de SALEILLES et LAMBERT revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris » (*in Revue internationale de droit comparé* 2000, p. 733).

⁴⁶ BOUDON Julien, « La place réservée à l'histoire du droit et au droit comparé par la doctrine juridique française en 1900 », *in Historia et ius* 2013, n° 3 (disponible depuis Internet).

⁴⁷ Cf. GATTI-MONTAIN Jacqueline, *Le système d'enseignement du droit en France* (Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1987) ; et plus spécialement pour le droit public, la thèse du professeur RICHARD (université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense) : *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République* (Paris, Dalloz, 2015).

⁴⁸ L'avocat André MATER, secrétaire de la rédaction de la revue *L'Année administrative* publia une note assez critique sur les thèses de doctorat soutenues dans les facultés de droit. Il y énonce « ouvertement ce que beaucoup de travailleurs pensent des thèses de droit, au moment où le vote assuré de la loi militaire de deux ans permet

professeur RICHARD a récemment étudié ces métamorphoses, accompagnées par la réforme du doctorat (1895) qui contribua à régénérer la valeur de ce diplôme universitaire⁴⁹. En renvoyant à ses travaux, nous pensons devoir insister sur la contribution de la littérature doctorale à la littérature juridique. Quelques-unes des thèses plus insignes ont fait l'objet de recensions dans des périodiques juridiques⁵⁰. Pour être souvent sommaires, celles-ci sont loin d'être des célébrations laudatives. Elles attestent au contraire de la reconnaissance d'une autorité doctrinale, bien que singulière dans son genre. L'intérêt manifesté par ces revues – et à travers elles leurs lecteurs – est un témoignage qui ne doit pas être méprisé. Nous n'hésitons pas à penser que ces marques de distinction – pour ne concerner que peu de thèses – soulignent l'attention avec laquelle certaines ont été appréciées. À certains égards, elles ont poursuivi les monographies spéciales – nombreuses dans le XIX^e siècle – en s'y substituant peu à peu, et plus largement les publications savantes entreprises à la discrétion de leurs auteurs – pour bon nombre des praticiens⁵¹. Leur valeur, qui peut s'apprécier à l'aune de leur réception, est tout à fait indépendante de l'engagement ultérieur de leur auteur dans une carrière universitaire – loin s'en faut. Cette diffusion – inégale, mais indéniable – de la littérature doctorale est d'ailleurs corroborée par l'écho que les traités juridiques leur donnent. Ceux-ci en tiennent souvent compte en en faisant la critique et attestent par cela même de l'influence qui leur fut prêtée, ne fût-ce qu'à certaines d'entre elles. Les négliger reviendrait à soustraire de notre examen des sources qui ont pleinement participé au dynamisme doctrinal et sans

d'espérer une réforme des études juridiques » (« Note sur les thèses de droit », in *L'Année administrative* 1904, p. 461). À cet égard, il regrette que « la plupart des docteurs en droit emploient ce procédé [par lequel] ils publient, arrangent, développent, annotent, une partie du cours inédit d'un professeur. Ils donnent ainsi des contributions honnêtes à la vulgarisation du droit, mais ils n'apportent rien de nouveau à la science proprement dite du droit. Tout au plus trouve-t-on dans leurs thèses des arrêts que les recueils spéciaux n'ont pas encore publiés, des analyses de documents parlementaires qu'on n'aurait aucun plaisir à consulter soi-même, vu leur longueur, et quelquefois des indications d'articles parus récemment dans des revues dont on n'a pas encore fait soi-même le dépouillement. Je ne crois pas qu'une thèse de droit, une thèse moyenne (...) ait jamais rendu beaucoup d'autres services » (*id.*, p. 467). C'est un jugement à peine moins sévère que leur adresse Julien BONNECASE plusieurs années plus tard, tout en soulignant la richesse dont cette littérature est prometteuse (*Supplément* [à la troisième édition du] *Traité théorique et pratique de droit civil* par G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. 1 (1924), p. 561). La démarche sous-tendue par l'ouvrage d'Henri CAPITANT atteste de cette opinion ambivalente (*Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, 1926). Cela étant dit, il ne faut pas jeter le discrédit sur une littérature si contrastée. Nombre de thèses mérite une lecture attentive, sauf peut-être à adapter son approche suivant leur qualité respective. Car si elles ne présentent pas toutes une démonstration originale, elles n'en constituent pas moins un document d'histoire qui s'impose en tant que tel à l'historien.

⁴⁹ RICHARD Guillaume, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, *op. cit.* (2015), p. 169 & 857.

⁵⁰ Particulièrement dans la *Gazette des tribunaux* et le *Journal Le Droit* ; ou bien encore dans la *Revue générale d'administration* ou la *Revue du droit public*.

⁵¹ La contribution des avocats aux Conseils – pour le XIX^e siècle – est trop largement minorée. Rares sont ceux qui à l'instar de Rodolphe DARESTE, ne sont pas tombés dans l'oubli (*cf.* PLESSIX Benoît, « Rodolphe DARESTE ou le droit administratif vu par un avocat aux Conseils érudit au XIX^e siècle », in *R.H.F.D.* 2004, n° 24, p. 65). Du reste, il n'est pas fortuit que leur apport à la doctrine administrative se soit amenuisé à partir de la fin du même siècle ; notre hypothèse nous conduit à mettre cette évolution en corrélation avec les mutations de l'Université à la même époque.

lesquelles notre étude serait lacunaire, donc biaisée.

417. Par ailleurs, il faut ajouter que si toutes portent l'empreinte de l'exercice académique duquel elles procèdent, elles ont ceci de singulier qu'elles offrent à leur auteur cette latitude d'engager un sujet qui n'est pas enserré dans les mêmes contraintes que les autres manifestations scripturaires de la littérature juridique. N'étant pas destinées à un lectorat ciblé qui déterminerait la physionomie de l'ouvrage, comme les ouvrages élémentaires destinés à un lectorat étudiant ; n'étant pas non plus engoncées dans un format trop restreint comme les articles de revues, elles profitent de certains avantages dont les autres expressions doctrinales ne peuvent pas toujours jouir. Leur lecture est particulièrement édifiante en ce qu'elles recensent les opinions doctrinales en débat – les confrontent autant qu'elles les critiquent. Aussi offrent-elles un cliché souvent fidèle du panorama doctrinal contemporain de leur rédaction. L'essor des bibliographies en est un indicateur probant. Elles se font de plus en plus volumineuses à mesure que la fonction de cet appendice évolue vers une perspective scientifique. Enfin, la littérature doctorale aide à discerner – selon la récurrence des sujets – les problématiques qui saisissent alors la doctrine ; la manière dont celles-ci se posent relativement aux enjeux qui y sont sous-jacents ; et l'évolution du cadre théorique dans lequel elles se donnent. Ainsi, par exemple, les thèses relatives aux contrats administratifs sont contemporaines de l'Entre-deux-guerres : elles touchent pour la plupart à la juridiction administrative plutôt qu'elles ne tendent à consacrer une catégorie juridique singulière⁵². Cela seul rend improbable l'hypothèse d'après laquelle le concept de contrat administratif aurait été formalisé à partir du courant des années 1900. Celles relatives aux contrats d'adhésion – et dont il sera question par la suite – sont pour la plupart antérieures à la Grande Guerre⁵³. Cela permet de situer dans la décennie 1900 les tensions que cette locution doctrinale a provoquées en ébranlant la doctrine de l'autonomie de la volonté. Les thèses entreprises sur ce sujet se font plus rares à partir des années 1920, l'attention se déportant sur l'emploi d'une technique contractuelle propre à réagir à la publicisation des contrats⁵⁴. De même, la

⁵² Nous pensons respectivement aux thèses de : DOUYSET (*Du principe de répartition des compétences en ce qui concerne les litiges nés sur les contrats passés par les personnes administratives*, 1924) ; d'AMFREVILLE (*De la répartition des compétences en matière de contrats passés par l'administration*, 1927) ; SUDRE (*De la compétence du Conseil d'État en matière de contrats*, 1928) ; ROUVIÈRE (*À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, 1930) ; et HIMARIO (*Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, 1933). Celle d'AUBRY procède d'une intention bien différente (*Des contrats administratifs comparés aux contrats notariés au point de vue du caractère commun d'authenticité*, 1924).

⁵³ Nous pensons respectivement aux thèses de : DOLLAT (*Les contrats d'adhésion*, 1905) ; DEREUX (*De l'interprétation des actes juridiques privés*, 1905) ; FORTIER (*Des pouvoirs du juge en matière de contrat d'adhésion*, 1909) ; et PICHON (*Des contrats d'adhésion : leur interprétation et leur nature*, 1912). Dans l'Entre-deux-guerres, nous ne recensons que celles de : SAINT-RÉMY (*De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion : étude et analyse de jurisprudence*, 1928) ; et DOMERGUE (*Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésion*, 1935).

⁵⁴ Nous pensons respectivement aux thèses de : LA MARNIERRE (*L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, 1930) ; GAUDIN DE LAGRANGE (*L'intervention du juge dans le contrat*, 1935) ; MARSON

quinzaine de thèses qui fleurirent dans l'Entre-deux-guerres sur la théorie de l'imprévision – tant en droit public que privé – attire suffisamment bien l'attention sur ce que cette théorie eut de subversif pour les privatistes et de féconde pour les administrativistes⁵⁵. Ces exemples nous convainquent de ce que les thèses doivent être non seulement considérées pour elles-mêmes, suivant les informations éparées qui y sont rassemblées et organisées au travers d'un *corpus* critique ; considérées aussi pour leur valeur doctrinale propre, suivant la réception dont elles firent l'objet par le corps universitaire ; considérées encore en ce qu'elles permettent de discerner les récurrences à travers lesquelles se donnent à voir les problématiques qui rythment le dynamisme doctrinal⁵⁶. Toutes ces raisons nous ont déterminé à en tenir compte avec une conscience scrupuleuse.

418. Les mutations épistémologiques du contrat dans le premier XX^e siècle. – À ces aspects empruntés aux mutations universitaires, il faut ajouter ceux liés aux profonds bouleversements de la société française, résultant pour une large part de la Seconde Révolution industrielle et de l'essor d'une société de consommation en gestation depuis le milieu du XVIII^e siècle. Il est hors de propos de rapporter les transformations dont le contrat fut l'objet à cet égard. Outre le fait qu'un tel examen a déjà été entrepris par quelques-uns⁵⁷, nous nous disperserions dans des développements d'ailleurs inutiles à notre propos. Ce qui cependant nous importe, c'est de caractériser les débats doctrinaux qui ont enserré le contrat pour en modifier

(*L'abus du droit en matière de contrat*, 1935) ; ROUSSEL (*Le contrat : de l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, 1936) ; BARREYRE (*L'évolution et la crise du contrat : étude synthétique et critique*, 1937) ; et ZAKSAS (*Les transformations du contrat et leur loi : essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, 1939). À rebours de ces thèses, il faut ajouter celle – injustement méconnue – de MAYNAU (*Les fictions de contrats dans le code civil et depuis le code civil*, 1924).

⁵⁵ Nous pensons respectivement aux thèses de : SAINT-MARC (*De l'imprévision dans les contrats administratifs*, 1918) ; LOUVEAU (*Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, 1920) ; RADOUANT (*Du cas fortuit et de la force majeure*, 1920) ; FYOT (*Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, 1921) ; BOMSEL (*La théorie de l'imprévision en droit civil français*, 1922) ; BRUZIN (*Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, 1922) ; GROS (*Les conséquences juridiques de la guerre sur les services publics concédés du gaz et de l'électricité*, 1922) ; VOIRIN (*De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, 1922) ; LAPEYRE (*De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, 1923) ; MAGNAN DE BORNIER (*Essai sur la théorie de l'imprévision*, 1924) ; DESJONQUÈRES (*L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, 1926) ; VÉGLERI (*Des modifications apportées par l'administration à ses contrats : étude de jurisprudence administrative*, 1927) ; JACQUEMARD (*La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, 1928) ; CATTAND (*La clause « rebus sic stantibus » du droit privé au droit international*, 1929) ; POPESCU (*Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, 1937) ; AUVERNY-BENNETOT (*La théorie de l'imprévision, droit privé, droit administratif, droit ouvrier*, 1938) ; FOULON (*Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, 1938) ; et STOYANOVITCH (*De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues : théorie de l'imprévision*, 1941).

⁵⁶ Cf. le §16 de notre introduction générale où nous nous expliquons sur l'intérêt que présente la littérature doctorale pour une histoire doctrinale du droit administratif.

⁵⁷ Cf. par exemple l'ouvrage collectif : *Le contrat : approches historiques et théoriques* (in *Cahiers du Centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique* 2004, n° 1).

la conception en introduisant le pluriel. Nous tendrons à démontrer que, parmi les publicistes, aucun ne développa – dans les années précédant la Grande Guerre – de doctrine qui pût s'apparenter à la conceptualisation d'un contrat administratif. Les diverses propositions doctrinales qui réagirent à l'évolution des pratiques contractuelles évoluèrent suivant une trame discursive assez complexe, sans jamais esquisser aucun concept – sinon proto-concept – du contrat administratif. Les enjeux de la doctrine publiciste furent spécifiques de ceux de la doctrine privatiste, ce qui rend un rapprochement entre elles délicat, quoique nécessaire tant les contacts furent récurrents et décisifs dans l'épanouissement de chacune. D'un côté les privatistes furent confrontés à des relations juridiques inédites vis-à-vis desquelles la conception usuelle du contrat pouvait sembler inadaptée. Le contrat de travail en est une illustration emblématique. Le sort que rencontra l'enseignement académique de la législation industrielle – plus tard appelée droit ouvrier – est symptomatique des résistances opposées par la doctrine civiliste à un contrat iconoclaste et subversif du concept classique de contrat. D'un autre côté les publicistes – ou plutôt certains d'entre eux – furent portés à assimiler des relations juridiques qui, en mettant en cause l'administration, s'adaptaient malaisément au concept classique du contrat, si bien qu'ils préférèrent recourir à des concepts empruntés à l'acte unilatéral et réglementaire. Au demeurant, la nécessité de repenser les moyens du commerce juridique de l'administration fut aiguïée, sinon suscitée par l'ambition d'asseoir pleinement l'autonomie du droit public vis-à-vis du droit privé. D'où l'inclination de certains à renoncer au contrat comme un concept étranger au droit administratif et dont l'emploi ne pouvait conduire qu'à le dénaturer. Ce fut le cas particulièrement de Gaston JÈZE, ce qui rend d'autant plus surprenant son revirement lorsque, dans les années 1920, il formalisa une théorie des contrats administratifs.

Chapitre 2

Un contrat employé par la doctrine privatiste pour composer l'identité du droit privé

419. Consensuel et formellement égalitaire, le contrat incarne un droit civil individualiste et libéral. Ce qui est original à la Belle Époque, ce n'est pas que le contrat ait gagné en prépondérance dans le droit privé, mais le fait que les privatistes l'employèrent aux fondements de leur représentation du droit civil. Cette promotion doctrinale qui conduisit à présenter le contrat comme n'étant plus en concurrence qu'avec la Loi, vint s'accomplir à travers la doctrine de l'autonomie de la volonté – dont les premières expressions explicites furent le fait de ses contempteurs. Cette fonction cardinale conférée au contrat fut concomitante aux mutations sociales qui, à la fin du XIX^e siècle, assaillirent le droit privé. Elle n'est pas tant une réaction des civilistes conservateurs, qu'elle n'indique une ingéniosité doctrinale par laquelle ces derniers assimilèrent les évolutions contemporaines. Attiré à l'identité du droit privé, le contrat fut employé à penser la *summa divisio* ; en polarisant la conflictualité entre les doctrines privatiste et publiciste, il aida à déprécier la seconde (**section 1**). Le contrat d'adhésion donne à voir la ductilité de la doctrine de l'autonomie de la volonté qui fut moins un dogme qu'un étalon du social. Les débats qui s'ensuivirent à son propos achèvent de convaincre que le contrat fut comme une avant-garde du droit privé. Mobilisé à le dénoter, il organise un certain nombre de valeurs qui contribuent, à travers la *summa divisio*, à repousser vers le droit public ce qui est irréductible à une certaine idée du Droit (**section 2**).

Section première. – Le contrat mis en valeur comme une figure emblématique d'un droit civil individualiste et libéral

420. **Le contrat promu à travers la doctrine de l'autonomie de la volonté.** – La « crise du contrat » – comme certains se sont plu à la désigner dès les premières décennies du XX^e siècle⁵⁸ – participe des débats qui touchèrent à la contemporanéité d'un code

⁵⁸ Pour ne citer qu'un exemple contemporain, citons André ROUAST qui soutint une thèse distinguée, en introduction de laquelle il écrit un peu désabusé : « *Il y a actuellement, et tous s'accordent à le reconnaître, une véritable crise du contrat. De toute part les coups affluent, pour saper la vieille notion ou tout au moins pour la bouleverser de fond en comble ; on a commencé par discuter le rôle de la volonté dans le contrat ; on a dit au juge de ne plus s'attacher qu'à la déclaration faite par les parties sans rechercher quelle intention se cache sous cette apparence de volonté. (...) On a été plus loin dans cette voie, et constatant les difficultés que faisait surgir la doctrine classique de la recherche de la volonté des parties, on a proposé de ne plus prendre en considération que la pure équité, telle que le juge la lit dans sa conscience. (...) Mais on a fait plus que bouleverser l'interprétation traditionnelle des contrats : c'est à la notion de contrat elle-même qu'on s'attaque maintenant, et l'on s'efforce de réduire son rôle dans le droit en montrant que beaucoup des prétendus contrats sont en réalité* ».

civil centenaire⁵⁹. Les dernières décennies du XIX^e siècle ont connu des bouleversements sociétaux qui ont conduit plusieurs juristes à s'interroger sur les transformations latentes dont la pratique a inexorablement affecté les contrats. L'un des auteurs les plus souvent cités jusque dans le premier XX^e siècle fut sûrement le magistrat et sociologue Gabriel TARDE⁶⁰. Dans un ouvrage maintes fois réédité, il y critiqua notamment – pour ce qui intéresse notre propos – cette inclination des civilistes à déployer partout le contrat, y compris à propos de rapports juridiques qui pouvaient sembler y être irréductibles, et sans craindre de les dénaturer en les saisissant par une formule juridique inadaptée. En ce sens, il regrette « *une théorie philosophique des obligations où il n'est tenu compte que du contrat* »⁶¹.

On finit par se persuader que (...) partout où il y a des droits et des devoirs véritables, on doit découvrir, en cherchant bien, quelque contrat précis ou confus, explicite ou implicite⁶².

Son propos tend à démontrer l'artificialité d'un concept dont l'emploi par trop systématique voile des mutations qui en retour subvertissent le contrat lui-même. « *On ne saurait dire combien ce vieux préjugé du contrat, considéré comme la vraie source des obligations a entravé la marche du Droit* »⁶³. Le caractère stéréotypé et anonyme du commerce juridique l'incline à considérer le contrat autrement que ne l'indique la théorie classique. Celle-ci présente à certains égards quelque chose de formel lorsqu'elle se prête à des rapports où les parties n'entrent pas dans une relation personnelle, ni même ne négocient le terme des obligations qu'elles consentent l'une vis-à-vis de l'autre.

Quand (...) apparaît et grandit l'importance de ce personnage impersonnel qu'on appelle le public, et que le public est en train de devenir (...) le principal interlocuteur auquel on s'adresse et qui vous répond, – ou ne vous répond pas, – les conditions sociales qui avaient fait fleurir la théorie du contact sont profondément changées. (...) À présent, si la loi, et mieux encore, la pratique judiciaire, la coutume commerciale et sociale (...), ne devaient sanctionner les engagements pris envers le public qu'à partir du moment seulement où telle personne désignée les a acceptés et a fait

de purs actes d'adhésion à des faits accomplis, actes de droit statutaire et non contractuel, non plus créateurs, mais confirmatifs d'obligations » (*Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, Paris, Rousseau, 1909 (thèse de doctorat, faculté de Lyon ; présidée par JOSSELAND, professeur de droit civil), p. 3-4).

⁵⁹ Cf. NIORT Jean-François, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du code civil français (1804-1965)*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 (2 vol.) (travaux issus de sa thèse de doctorat soutenue en 1995 ; université Panthéon-Sorbonne).

⁶⁰ Au sujet de Jean-Gabriel TARDE (1843-1904), voir la notice biographique que lui consacrent le professeur AUDREN et M^{me} SALMON dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015).

⁶⁰ Au sujet de Jean-Gabriel TARDE (1843-1904), voir la notice biographique que lui consacrent le professeur AUDREN et M^{me} SALMON dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015).

⁶¹ TARDE Gabriel, *Les transformations du droit. Étude sociologique*, Paris, Alcan, 1893 (1^{re} éd.), p. 119.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Id.*, p. 123.

connaître son acceptation, et rien qu'à l'égard de cette personne, la plupart des affaires, la totalité des grandes affaires, serait impossible⁶⁴.

Aussi rejette-t-il la conception classique du contrat comme surannée, ou plutôt s'évertue-t-il à la rejeter au second plan de la théorie des obligations. Le point de vue d'où il se place l'incline à considérer comme une fiction la doctrine de certains civilistes qui use du contrat pour expliciter des relations juridiques avec lesquelles il s'assortit trop mal.

Sans cesse se multiplient les engagements envers des personnes indéterminées qui, bien entendu, ne sauraient accepter ce qu'elles ignorent. Sans cesse se multiplient les titres au porteur, les assurances sur la vie, les réclames, les prospectus. Toutes ces innovations suscitées par les idées de génie propres à ce siècle ou aux siècles antérieurs tendent manifestement à reléguer au second plan le contrat, qui, à l'époque romaine classique, était, sans contredit, au premier⁶⁵.

Sans être le seul à soumettre le contrat à une analyse qui en critique l'artificialité à l'aune des pratiques économiques⁶⁶, ses positions doctrinales rencontrèrent un large écho, ne fût-ce que pour être discutées.

421. Un autre juriste, Raymond SALEILLES⁶⁷, ne manqua pas non plus d'insister sur les bouleversements dont a été accompagnée la fin du XIX^e siècle. Comme par exemple en préfaçant l'essai précité de François GÉNY.

Des créations d'ordre économique, que personne ne pouvait prévoir il y a un siècle, ont bouleversé les rapports juridiques entre le capital et le travail, entre ceux qui produisent et ceux qui consomment ; et des aspirations nouvelles sont issues de cet état de choses jadis insoupçonné. Des droits nouveaux se sont révélés ; des besoins surtout d'une nature plus universelle, plus internationale, si je puis dire, se sont propagés. Les volontés ont réclamé un surcroît d'autonomie propre ; mais en même temps, et tout à l'inverse, la sécurité des relations, les nécessités du crédit, peut-être aussi certaines découvertes sociologiques, nous ont montré enfin que le libre jeu des volontés ne suffisait pas à tout, *que le contrat allait perdre de sa suprématie ou de son monopole et que, en dehors du libre contrat, il y avait place pour des créations juridiques, nées d'une éclosion coutumière et spontanée*, inspirée par un sentiment de justice et d'équité, par je ne sais quelle intelligence d'une solidarité plus étroite et plus complète, par où les individualités, si jalouses qu'elles soient de leur indépendance, dussent arriver à se soumettre à l'empire de certaines lois générales, dominant de haut le libre jeu de leurs relations juridiques avec les autres⁶⁸.

La critique qu'il entreprend de la théorie des obligations tend à mettre en exergue les

⁶⁴ *Id.*, p. 120-121.

⁶⁵ *Id.*, p. 121.

⁶⁶ Cf. à cet égard la thèse de doctorat soutenue par Émile DURKHEIM : *De la division du travail social* (1893).

⁶⁷ Au sujet de Raymond SALEILLES (1855-1912), voir la notice biographique que lui consacre le professeur HALPÉRIN dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015).

⁶⁸ SALEILLES Raymond, « Préface », in GÉNY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris, Chevalier-Marescq & C^{ie}, 1899 (1^{re} éd.), p. ij-iii (c'est qui nous soulignons).

interactions du Droit avec des facteurs qui lui sont hétérogènes ; il semblerait même que l'intérêt pour cette théorie fut déterminé par cette ambition⁶⁹. Mais c'est spécialement autour de la doctrine de l'autonomie de la volonté que se sont organisées les critiques d'un contrat dont la conception était trop libérale pour satisfaire aux élans solidaristes⁷⁰. L'énonciation même de cette doctrine fut dans un premier temps le fait de ses pourfendeurs – tandis qu'elle infusait jusqu'alors la doctrine civiliste sans recevoir aucune consécration explicite⁷¹ : « L'usage de l'expression d'autonomie de la volonté se généralise à l'occasion de la critique de l'idée qu'elle exprime : elle est avant tout une cible »⁷². L'avocat Émile ACCOLAS qui est l'un des rares à en expliciter les termes au XIX^e siècle, le fait pour engager une critique du code civil où la philosophie du droit y prend une grande part⁷³. Après quelques auteurs qui y firent allusion pour en tempérer les vigueurs⁷⁴, ce furent surtout Raymond SALEILLES, René DEMOGUE⁷⁵ puis Emmanuel GOUNOT⁷⁶ qui en définirent le corps pour lui désigner une critique qui fasse une plus grande part au solidarisme contractuel. Selon le premier, cette doctrine supposerait que les droits subjectifs « existent antérieurement à la loi et dérivent de la liberté initiale de l'individu, et par suite d'une libre création volontaire de sa part : la loi les consacre, elle ne les crée pas »⁷⁷. En l'occurrence, Raymond SALEILLES

⁶⁹ Cf. en ce sens : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Paul, « La contribution essentielle de R. SALEILLES à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », in [collectif], *L'œuvre juridique de Raymond SALEILLES*, Paris, Rousseau, 1914), p. 399-400.

⁷⁰ Sur les principales critiques qui ont été adressées à la doctrine de l'autonomie de la volonté, voir l'ouvrage du professeur DEROUSSIN : *Histoire du droit des obligations* (Paris, Économica, 2012, p. 498 sq.).

⁷¹ Développant au début du XX^e siècle une présentation critique des conceptions touchant au contrat, Georges DEREUX écrit : « La théorie qu'en cette matière nous avons appelée la "théorie classique", est celle qui a régné exclusivement en France depuis longtemps jusqu'à ces dernières années, celle que chez nous on trouve enseignée partout... ou plutôt partout sous-entendue. Pourquoi sous-entendue ? Parce qu'une opinion ne prend conscience d'elle-même qu'en présence d'opinions rivales. La théorie classique, étant la seule répandue dans notre pays, y est à peine remarquée, et la plupart des jurisconsultes français l'adoptent à peu près comme M. JOURDAIN faisait de la prose : sans s'en apercevoir. Et comme ils ne s'en aperçoivent pas, ils ne prennent pas soin de nous en avertir, ni de préciser leur opinion, ni de la soutenir par des arguments » (« Étude des diverses conceptions actuelles du contrat », in R.C.L.J. 1901, p. 516).

⁷² RANOUIL Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 132.

⁷³ Cf. d'Émile ACCOLAS : *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes et notamment le code Napoléon au point de vue de l'idée démocratique* (1866) & *Les contrats et les obligations conventionnelles* (1885).

⁷⁴ Nous pensons en particulier au doyen BUFNOIR dans son ouvrage : *Propriété et contrat. – Théories des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Paris, Rousseau, 1900 (1^{re} éd.), p. 809.

⁷⁵ Cf. de René DEMOGUE : *Les notions fondamentales du droit privé* (1911).

⁷⁶ Cf. d'Emmanuel GOUNOT : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé* (1912).

⁷⁷ SALEILLES Raymond, *Introduction à l'étude du droit civil allemand. – À propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère* [de la Société d'études comparées], Paris, Pichon, 1904, p. 44. Pour une meilleure intelligence de cette citation, nous la reproduisons plus largement : « On a pu croire, dans un système juridique qui, pendant longtemps, constitua, à lui seul, toute la théorie classique, que, en dehors de quelques règles impératives ayant un caractère d'ordre public, toutes les dispositions légales en matière de droit privé, surtout lorsqu'il s'agit de la réglementation d'intérêts patrimoniaux, ne reposaient que sur une sorte d'interprétation de volonté ; elles constitueraient la réglementation présumée d'intentions non exprimées par les intéressés eux-mêmes et dont la loi se serait faite l'interprète. Cette sorte de philosophie juridique répond à ce que l'on est convenu d'appeler l'autonomie de la volonté privée ; elle part de cette idée que tous les droits subjectifs, en ce qui concerne l'individu, existent antérieurement à la loi et dérivent de la liberté initiale de l'individu, et par suite d'une libre création volontaire de sa part : la

n'explicite les termes de cette doctrine qu'afin de mettre en exergue une doctrine concurrente – celle dite de la déclaration de volonté. Celle-là fut une idole façonnée et peinte pour n'être qu'aussitôt brisée ; son énonciation est surtout employée à souligner par contraste les caractères de celle-ci⁷⁸.

422. La doctrine de l'autonomie de la volonté : une doctrine initialement formalisée par ses contempteurs. – Alors que les expressions les plus intransigeantes de la doctrine de l'autonomie de la volonté ne furent formulées que dans les premières décennies du XX^e siècle – notamment sous la plume de PLANIOL, CAPITANT & COLIN –, elle demeure pendant le second XIX^e siècle une doctrine diffuse, incarnée par un individualisme libéral auprès de ceux pour qui la Loi était peu ou prou suspecte. À rebours de certaines opinions⁷⁹, elle n'a pas été consacrée par les rédacteurs du code civil⁸⁰. Charles BEUDANT⁸¹ – celui dont Julien BONNECASE estima qu'il fut en tant que « *théoricien de la pensée juridique dans l'ordre du Droit privé français* », ce que fut Édouard LAFERRIÈRE pour le droit public⁸² – contribua pour beaucoup à son incarnation dans un ouvrage fameux – *Le droit individuel et l'État*.

Le droit, c'est l'autonomie de l'être humain, la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes. (...)

La justice, c'est le respect des droits égaux de chacun ; elle s'impose aux particuliers, à l'État et à la loi ; l'intérêt soit individuel, soit social ne peut chercher sa satisfaction en dehors d'elle. (...)

L'État, c'est la force collective qui protège le libre développement des facultés de chacun, et qui veille à ce que personne n'usurpe le droit de personne⁸³.

En faisant de l'individu la mesure de toute norme, la Loi y apparaît comme « *un mal nécessaire* »⁸⁴. Aussi la doctrine de l'autonomie de la volonté participe-t-elle à régler une dialectique entre la Loi et la liberté originelle de l'individu.

Toute loi, en soi, est un mal ; car elle ne peut avoir pour objet que de régler l'usage des droits, et régler l'usage d'un droit c'est inévitablement le limiter. Mais, d'autre part, toute loi est bonne qui consacre un droit, le

loi les consacre et ne les crée pas. Il se produit heureusement une réaction de plus en plus générale aujourd'hui contre cette fausse conception du droit subjectif, et cette théorie anti-sociale et anti-historique du droit » (*id.*, p. 43-44).

⁷⁸ Cf. à cet égard la recension critique d'Edmond MEYNIAL – professeur d'histoire du droit à la faculté de Montpellier – qu'il fit de l'ouvrage précité de SALEILLES : *De la déclaration de volonté* (1901) : « La déclaration de volonté » (*in R.T.D. civ.* 1902, p. 550).

⁷⁹ Cf. par exemple : ARNAUD André-Jean, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969 (thèse de doctorat [1964], faculté de Strasbourg), p. 197 *sq.*

⁸⁰ DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.* (2012), p. 494 *sq.*

⁸¹ DEROUSSIN David, « Charles BEUDANT, un juriste libéral », *in* [collectif], *Mélanges en l'honneur du professeur Michel GANZIN*, Paris, La Mémoire du Droit, à paraître.

⁸² BONNECASE Julien, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente...*, *op. cit.*, t. 1 (1933), p. 396.

⁸³ BEUDANT Charles, *Le droit individuel et l'État. Introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau, 1891 (1^{re} éd.), p. 146.

⁸⁴ *Id.*, p. 148.

préserve d'une atteinte, le soustrait à un péril, car elle répond par là à son but légitime⁸⁵.

Cette conception outrancière de l'individualisme libéral procède moins d'une idée arrêtée sur le contrat, qu'elle ne vint réagir aux ressentis suscités par les interventions croissantes du législateur jusque dans le droit civil. Ainsi d'après le professeur JAMIN :

Les auteurs libéraux (...) ne défendent nullement une conception auto-fondatrice du contrat, c'est-à-dire détachée de la loi ; ce qu'ils veulent, c'est que celle-ci pèse d'un poids moindre sur le contrat, non que ce contrat s'affranchisse de la tutelle de la loi. Ils expriment d'ailleurs (...) la tendance doctrinale et jurisprudentielle dominante de la seconde moitié d'un XIX^e siècle profondément marqué par une forte poussée économique libérale, qui prend vraiment corps durant le Second Empire⁸⁶.

423. En ce sens, François GÉNY en donne une illustration parmi d'autres⁸⁷ – quoique d'aucuns appellent à son sujet une appréciation prudente⁸⁸. La nouvelle classification des obligations proposée par Marcel PLANIOL qui ne distingue plus qu'entre la Loi et le contrat, en donne un exemple achevé :

Dans le contrat, c'est la volonté des parties qui forme l'obligation ; c'est elle qui en est véritablement la cause créatrice, c'est elle qui en détermine l'objet, l'étendue et les modalités ; la loi n'intervient que pour sanctionner cet accord : en ouvrant aux parties l'action contractuelle, elle se borne à donner son *visa* à leur convention⁸⁹.

Henri CAPITANT et Ambroise COLIN n'ont pas eu des propos bien différents, eux pour qui le contrat « *est un domaine où la volonté des particuliers règne en souveraine maîtresse. C'est elle qui dit le droit* »⁹⁰. Ces expressions de la doctrine de l'autonomie de la volonté prennent une tournure plus explicite en venant contrecarrer la doctrine de la déclaration de volonté. D'après cette dernière doctrine, le contrat est moins la manifestation en laquelle le pouvoir autonome de l'individu s'incarne, qu'il n'est conçu comme un fait social, nonobstant les intentions *réelles* et *psychologiques* de ceux qui se sont engagés. Aussi ne s'attache-t-elle qu'aux intentions telles qu'elles sont *déclarées* et *apparentes* ; le contrat n'est pas tant un « *acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit* [que] *le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ JAMIN Christophe, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », in *Dalloz* 2002, p. 901.

⁸⁷ D'après François GÉNY, les actes conventionnels sont ceux « *où [par excellence] la volonté de l'homme, si flexible, si nuancée, se mouvant sur les faits et s'adaptant à la variété des situations, engendre elle-même les résultats juridiques, et doit jouir en principe de la plus large autonomie* » (« Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé », in *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur* 1898, p. 320-321).

⁸⁸ Cf. à ce sujet cet article stimulant du professeur CHAZAL : « L'autonomie de la volonté et la "libre recherche scientifique" » (in *Revue des contrats* 2004, p. 621).

⁸⁹ PLANIOL Marcel, « Classification des sources des obligations », in *R.C.L.J.* 1904, p. 226.

⁹⁰ CAPITANT Henri & COLIN Ambroise, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1914-1916 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1915), p. 273.

satisfaction des intérêts individuels réciproques »⁹¹. Le contrat est un éclat du social, apprécié comme tel. À l'inverse, la doctrine de l'autonomie de la volonté cristallise le rejet des faits économiques dans l'appréhension du Droit. Le civiliste parisien Henri LÉVY ULLMANN – très versé dans le droit comparé – le nota sans ambages dans les années d'Entre-deux-guerres :

Certains juristes, exclusivement juristes, estiment que, surtout en matière d'obligations, il faut se méfier de l'économique, il est désirable de la laisser à la porte, il convient d'examiner les institutions en matière d'obligations au regard de la raison raisonnante, au regard des catégories qui les répartissent dans le cadre sacro-saint qui nous a été légué par le droit romain, et que nous n'avons pas nous, juristes, à ouvrir la porte aux considérations tirées des faits économiques. (...)

Il semblerait (...) qu'il y ait quelque chose de fondé à dire que l'économique n'a aucun rapport avec la théorie générale des obligations ni, au XIX^e siècle, et plus particulièrement au XX^e, et plus particulièrement encore dans cette partie du XX^e siècle qui a pris naissance avec la guerre mondiale en 1914, on ne trouvait la démonstration la plus lumineuse du rapport étroit qui unit la théorie générale de l'obligation et des faits économiques⁹².

Ces contrastes accusent au fond des divergences sur la manière d'organiser une théorie des obligations et d'appréhender à cet égard les manifestations de volonté unilatérale. La fonction taxinomique du contrat y est discutée pour être concurrencée par l'acte juridique, plus approprié à rendre compte d'une pléthore d'obligations qui s'ajustent mal au contrat.

- 424. Un contrat attiré à la *summa divisio* par son caractère emblématique du droit privé.** – Nous aurions tort de penser que ces réflexions ont seulement intéressé la doctrine privatiste. Georges DEREUX est bien avisé de le souligner : « *Cette notion de contrat, née pour ainsi dire au sein du droit privé, rayonne de là dans tout le droit, et même dans toute la sociologie* », tant et si bien que l'examen critique du contrat ne peut s'entreprendre sans « *jeter une sorte de pont entre le droit privé, le droit public et l'économie politique* »⁹³. Ce désenchantement vis-à-vis du contrat concerne tout aussi bien la doctrine publiciste qui s'attache pourtant à des préoccupations spécifiques. M. SACRISTE a brillamment exposé les raisons pour lesquelles les constitutionnalistes parisiens se sont évertués à renouveler les fondements de la doctrine de la souveraineté nationale en reléguant la théorie du contrat social comme fiction juridique⁹⁴. La contribution d'Adhémar ESMEIN fut à cet égard décisive autant

⁹¹ SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté...*, *op. cit.* (1901), p. 229.

⁹² LÉVY ULLMANN Henri, *Répétitions écrites de droit civil approfondi* [cours dispensé à la faculté de Paris pour le diplôme d'études supérieures en droit privé (1927-1928), sur le thème : *L'obligation et le contrat, au premier quart du XX^e siècle*], Paris, Les cours de droit, 1928, p. 127-131.

⁹³ DEREUX Georges, « Étude des diverses conceptions actuelles du contrat », in *R.C.L.J.* 1902, p. 124.

⁹⁴ SACRISTE Guillaume, *La république des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2011 (issu de ses travaux de

qu'emblématique : « *Le contrat social n'est plus qu'une fiction juridique destinée à traduire une idée juste, d'ailleurs, à savoir : que le droit public, comme le droit privé, a son point de départ dans l'individu, moralement libre, raisonnable et responsable* »⁹⁵. Sans nous y attarder, il s'agit de souligner le discrédit dans lequel tomba souvent le contrat – comme figure épistémologique. Il ne s'agit pas d'affirmer que ces juristes – publicistes et privatistes – furent animés des mêmes intentions, ni même que leurs doctrines empruntèrent par des perspectives sécantes. Nous dirions plutôt que leurs réflexions procédèrent d'un renouvellement des méthodes, sous-tendu par cette ambition de saisir – ou de construire – le réel suivant des schèmes qui permettent de penser le social différemment qu'à l'aune de l'individu premier. Ainsi, la pertinence épistémologique du contrat a-t-elle été minorée par certains, sinon discutée pour être réévaluée. Les publicistes pour mettre l'État en discours ; les privatistes – minoritaires – pour proposer une autre taxinomie des obligations, ou à tout le moins pour rectifier une conception du contrat dont la pratique l'affectait d'une part d'artificialité. En esquissant les tendances du droit à sa socialisation, le civiliste montpelliérain CHARMONT – parmi d'autres juristes catholiques sociaux – incarne bien cette inclination qui interroge la justice contractuelle à travers le rôle qui lui fut reconnu dans la cohésion sociale.

La théorie des obligations, qui semblait, il n'y a pas longtemps, définitivement fixée, se renouvelle. L'analyse et la conception doctrinale des rapports de droit se modifient ; en même temps se développent une série d'institutions, tout une législation dont le code civil ne s'était pas préoccupé. (...)

Dans la doctrine traditionnelle, le contrat n'est que l'accord des volontés individuelles : l'État se borne à sanctionner cet accord ; la mission du juge est de rechercher et d'interpréter ces volontés. La tendance actuelle est de substituer à cette recherche des intentions la préoccupation de la justice et de l'intérêt social⁹⁶.

Cela étant, les critiques des civilistes portèrent davantage à la rénovation du contrat qu'à sa relégation. Par un effet de contraste, il fut attaché au droit privé comme son emblème et radicalement minoré par une doctrine publiciste désireuse de s'affirmer vis-à-vis de son homologue privatiste.

425. Le contrat fut employé à distinguer le droit privé d'un droit public académique qui s'énonçait à lui-même – l'un se présentant alors comme un droit consensuel et égalitaire, l'autre comme un droit unilatéral et autoritaire. Léon DUGUIT n'énonce pas une opinion qui lui est personnelle lorsqu'il affirme que « *le droit constitutionnel et*

thèse (2002) ; université Panthéon-Sorbonne), p. 249 *sq.* Cf. également REDOR Marie-Joëlle, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris, Economica, 1992 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas).

⁹⁵ ESMEIN Adhémar, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1896 (1^{re} éd.), p. 158.

⁹⁶ CHARMONT Joseph, « Socialisation du droit. Leçon d'introduction d'un cours de droit civil », in *Revue métaphysique et de morale* 1903, p. 400-402.

administratif [contemporain] (...) *est un droit non contractuel* »⁹⁷. Si la distinction entre les actes d'autorité et de gestion reçut des acceptions diverses, le fait d'être souvent mobilisé pour étayer une conception du droit administratif, corrobore la prégnance de cette opposition où d'un côté il y eût la liberté individuelle, de l'autre la puissance publique. C'est « *par le caractère de patrimonialité [que] le droit administratif se rapproche du droit civil* » estime le professeur parisien René JACQUELIN⁹⁸.

L'étude du domaine, soit privé, soit même public, celle des contrats et aussi celle des obligations délictuelles de l'administration suscite des rapprochements continuels entre ces deux branches du droit⁹⁹.

Sa doctrine est symptomatique de cette essentialisation par le concours de laquelle la qualité du droit administratif trouva à s'ébaucher. Peu importe qu'elle fût singulière en rencontrant une faible audience. Elle n'en illustre pas moins ces essais doctrinaux entrepris à définir le droit administratif en le situant par rapport à un droit civil figuré par le contrat. Les motifs de ceux qui reléguèrent les contrats de l'État dans les confins du droit privé – à l'instar des professeurs JACQUELIN et BERTHÉLEMY – prennent un sens plus éclairant que celui tiré de la perpétuation routinière d'un enseignement pétrifié par des formules vénérables. Au contraire, ils entérinèrent d'une manière personnelle cette appréhension du droit civil – assez largement partagée au demeurant – en lui rapportant les marchés de l'administration. N'étant jamais qu'apparentés aux contrats, il eût été – suivant cette conception des choses – inconséquent de les amarrer au droit administratif sans craindre de dénaturer l'identité de celui-ci, dont la définition pourtant était un enjeu primordial. D'où la désolation non feinte d'un René JACQUELIN qui se désespère de la compétence administrative pour les marchés – véritable confusion qui bouleverse l'ordre du Droit et subvertit le concept de contrat en l'attirant vers un droit hétérogène.

[La distinction entre contrats privés et contrats administratifs] repose sur une exagération de l'idée de puissance publique au détriment de l'idée de patrimonialité, et sur une sorte d'empiètement de l'un des deux domaines sur l'autre. De là des conséquences funestes pour l'individu ; car au lieu d'être traités selon les rapports égalitaires du droit commun, et au lieu que leur contentieux relève de la compétence des tribunaux ordinaires comme cela conviendrait puisque tous les contrats sont des actes de patrimonialité, ces actes sont au contraire traités comme s'ils constituaient des manifestations de la puissance publique et l'égalité des contractants est ainsi rompue au détriment de l'individu¹⁰⁰.

426. Le contrat selon les administrativistes : un concept hétérogène au droit administratif. – Il est moins question de revenir sur la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, que de souligner cette hypothèse suivant quoi le

⁹⁷ DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, p. 56.

⁹⁸ JACQUELIN René, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Paris, Giard & Brière, 1899, p. 25.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ JACQUELIN René, *Les principes dominants du contentieux administratif. Ouvrage spécialement destiné aux candidats aux doctorats*, Paris, Giard & Brière, 1899, p. 94.

contrat étant trop connoté, il fut impropre pour conférer au droit administratif une scientificité qui le distinguât du droit civil. Il participait trop intimement du droit civil ; les civilistes l'ont arrimé si fermement à la théorie des obligations qu'il mobilisait des référents juridiques en opposition duquel les administrativistes se sont situés. C'est précisément l'une des raisons pour lesquelles les contrats de l'administration furent le plus souvent conçus comme des contrats ordinaires, affectés de certaines règles spéciales et confiés par une norme exorbitante à la juridiction administrative. C'est une opinion que nous partageons aux côtés – par exemple – du professeur PLESSIX :

La préoccupation de jeter les bases d'un droit administratif enfin autonome par rapport au droit privé conduisait également à forcer le trait des oppositions. Désormais, tout opposerait naturellement le droit privé au droit administratif : (...) au contrat, emblème des relations privées libres, égales et intersubjectives, il faudrait opposer l'acte unilatéral et objectif comme symbole des modes d'action de l'Administration, s'immisçant même au cœur de ses pratiques contractuelles¹⁰¹.

Aux côtés des administrativistes classiques, Léon DUGUIT et Gaston JÈZE ne procédèrent pas différemment – particulièrement le second – en dénonçant dans le contrat l'emprise du droit privé sur le droit public¹⁰². Si celui-ci formalisa une théorie des contrats administratifs dans l'Entre-deux-guerres, il fut jusque dans les années 1920 réfractaire au contrat, suspect de résoudre la doctrine publiciste à mimer la doctrine privatiste¹⁰³. Dans les décennies de l'Entre-deux-guerres, cette tension entre la détermination axiologique du contrat et les définitions respectives du droit public et du droit privé, ne furent pas moins vives. Le doyen bordelais l'illustre parfaitement, pour qui les civilistes se font du droit public une idée dépréciative, arquée sur l'assujettissement. Ce faisant il explicite les enjeux qui y sont sous-jacents, entre un contrat présenté par les uns comme le parangon de la liberté individuelle, et un droit public dont la juridicité est suspendue à sa disposition à protéger les individus.

Que voilà bien les civilistes, persuadés que les intérêts des particuliers ne sont sauvegardés que si l'on peut les rattacher à un contrat, et qu'en fin de compte il n'y a d'autre principe en droit public que le sacrifice des intérêts privés à la toute puissance de l'État¹⁰⁴.

Peu après lui, Louis JOSSERAND exprima en contrepoint l'appréhension des civilistes

¹⁰¹ PLESSIX Benoît, « L'autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2012, p. 196-197.

¹⁰² *A pari* : NÉZARD Henry, « Une conception nouvelle du droit public (Léon DUGUIT, professeur à la faculté de droit de Bordeaux : *Traité de droit constitutionnel*) », in *R.G.A.* 1912, II, p. 129 (spéc. p. 130).

¹⁰³ Cf. JÈZE Gaston, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », in *R.D.P.* 1914, p. 311.

¹⁰⁴ DUGUIT Léon, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », in [collectif], *Mélanges Maurice HAURIOU*, Paris, Sirey, 1929, p. 272.

qui crurent discerner dans les critiques récurrentes faites au contrat, une emprise malvenue du droit public sur le droit privé :

Les auteurs qui préconisent cette opposition [entre le contrat et l'institution], et qui, – certains d'entre eux au moins –, se préoccupent surtout de faire mordre le droit public sur le droit privé, se font du contrat une idée archaïque et bien étroite¹⁰⁵.

Il ne faut pas sacrifier la complexité des choses en dégageant un mouvement d'idées qui tendit continuellement vers un même horizon. Nonobstant les singularités de chaque publiciste, tous présentèrent une inclination à recourir à une ontologie qui ne fut plus tributaire du contrat. La valeur de celui-ci ne fut pas tant dénigrée que réappréciée, parfois cantonnée à des proportions plus modestes. Il serait donc excessif de penser que le contrat eût perdu toute pertinence au regard des publicistes. Seulement, le scepticisme que certains lui manifestèrent contribua à douter de l'hégémonie conceptuelle qui lui était concédée dans l'épistémologie juridique. En témoigne Léon DUGUIT, qui pourtant n'a jamais été partisan de la *summa divisio*.

La nécessité d'un contrat pour donner naissance à une situation de droit se rattachait à cette idée que la situation de droit est toujours un rapport entre deux volontés. Du moment où l'on reconnaît que la situation de droit n'a pas toujours ce caractère, on reconnaît par là même qu'elle peut naître d'actes qui n'ont pas le caractère du contrat au sens civiliste.

Mais la plupart des jurisconsultes dominés par la conception traditionnelle, au lieu de voir dans tous ces actes, que ne connaissait pas le droit civiliste, des formes juridiques nouvelles, au lieu de les analyser comme telles, ont voulu coûte que coûte les faire rentrer dans le vieux cadre étroit du contrat ; et (...) ils ont fait des efforts de subtilité scolastique prodigieux pour démontrer que tous ces actes nouveaux se ramènent finalement à des contrats¹⁰⁶.

Diverses entreprises doctrinales ont envisagé des formes juridiques alternatives au contrat, soulevant de ce fait des interrogations sur le concept même. C'est-à-dire qu'elles l'ont envisagé différemment lorsqu'elles n'ont pas essayé pas de soustraire à son empire certaines situations juridiques. À cet égard, la doctrine allemande – stimulée par la rédaction du code civil de 1896 – eut une profonde influence sur l'ensemble de la doctrine juridique en attirant l'attention sur la valeur de la volonté unilatérale.

427. La réévaluation du contrat au travers des manifestations unilatérales de

¹⁰⁵ JOSSERAND Louis, « L'essor moderne du concept contractuel », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, Paris, Sirey, 1934 (3 vol.), t. 2, p. 337-338. Un peu avant, il écrivit d'une manière encore plus explicite – en traitant des contrats d'adhésion : « Nous nous sommes déjà expliqué sur cette théorie qui est d'origine publiciste : les spécialistes du droit public cèdent volontiers au désir de faire pénétrer dans le droit privé des notions spéciales au droit public et, par exemple dans l'espèce, celle de l'acte réglementaire » (*Cours de droit civil positif français conforme aux programmes officiels des facultés de droit*, Paris, Sirey, 1929-1930 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1930), p. 191).

¹⁰⁶ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912 (1^{re} éd.), p. 120-121.

volonté. – La force obligatoire des obligations fut une question souvent engagée, souvent soulevée au sujet des obligations unilatérales – dans une société consumériste où nombre des contrats procédaient d'une offre adressée indifféremment au public et acceptée par des individus anonymes. C'est sur cette question que René WORMS se distingua au début des années 1890¹⁰⁷. Le choix de ce sujet, qui ne doit vraisemblablement rien au hasard, permit à son auteur d'appliquer les qualités qu'il attachait aux sciences sociales – particulièrement l'histoire du droit et la sociologie. En ce sens, il est une illustration précoce de ce « *nouvel esprit juridique* » dont parle le professeur AUDREN¹⁰⁸. Le regard historique avec lequel il traite des obligations étaye sa représentation dynamique d'un Droit qui se renouvelle selon les nécessités éprouvées par une société donnée¹⁰⁹. Aussi tend-il à déconstruire le contrat en prêtant aux déclarations de volonté unilatérale une valeur juridique à part entière.

Tout contrat se divise en deux parties : l'engagement de l'offrant et l'engagement de l'acceptant. (...) Nous sommes en face de deux actes distincts, ayant chacun leurs conditions, leur date, leur effet propre. Le contrat n'est dès lors rien de plus que la somme de deux déclarations unilatérales. Et ce qui fait sa force, ce n'est pas le concours de deux volontés, c'est l'émission de chacune d'elles¹¹⁰.

Certes, il reconnaît que cette appréhension du contrat n'est pas celle que laisse supposer le droit positif, si bien qu'« *on ne peut voir dans un contrat la simple somme arithmétique de deux engagements distincts produits chacun par une déclaration unilatérale* » : « *Notre loi considère au contraire que le contrat constitue un tout complexe, où chacun des deux engagements sert l'autre de cause, donc de condition de validité ; où chacun par suite n'existe que grâce à l'autre, et au même moment que l'autre* »¹¹¹. Pourtant il affiche la conviction d'après laquelle « *les besoins sociaux démontreront chaque jour davantage la nécessité d'admettre cette théorie [nouvelle]* » dont il fait la promotion¹¹². En engageant la théorie du contrat sous un de ses aspects les plus problématiques, René WORMS envisage ce qui fonde *in fine* l'obligation. « *La volonté unilatérale apparaîtrait ainsi comme la vraie source des obligations de tout genre* »¹¹³. L'acception classique du contrat qu'il interroge, lui paraît perdre de sa pertinence en plaçant à la marge de trop nombreuses hypothèses. Il en critique l'artificialité pour considérer que la valeur juridique des manifestations unilatérales de volonté puisse non plus résulter d'une exception consentie à la théorie du contrat,

¹⁰⁷ Au sujet de René WORMS (1869-1926), voir la notice biographique que lui consacre le professeur AUDREN dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015).

¹⁰⁸ AUDREN Frédéric, « Les professeur de droit, la République et le nouvel esprit juridique », in *Mil neuf cent* 2011, n° 29 [*La Belle Époque des juristes. Enseigner le droit dans la République*], p. 3.

¹⁰⁹ WORMS René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, Paris, Giard, 1891 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par BUFNOIR, professeur de droit civil), p. 90.

¹¹⁰ *Id.*, p. 184-185.

¹¹¹ *Id.*, p. 189-190.

¹¹² *Id.*, p. 198.

¹¹³ *Id.*, p. 94.

mais d'un recadrage de celle-ci autour d'une conception alternative à celle faisant de la volonté de l'individu une source originale du droit.

Même dans la matière des contrats, la théorie nouvelle comporte d'importantes applications. Elle n'est donc plus seulement un groupement de cas exceptionnels, elle devient un système qui vise à la généralité.

En dehors des contrats, il est encore d'autres sources d'obligations auxquelles elle pourrait prétendre s'appliquer. (...) La volonté unilatérale apparaîtrait ainsi comme la vraie source des obligations de tout genre¹¹⁴.

Il esquisse une théorie des obligations fondées sur l'acte juridique. « *Tout acte juridique rentre nécessairement dans l'une de ces quatre grandes classes ; création d'obligation, extinction d'obligation, création de droit, extinction de droit* »¹¹⁵. Cet acte juridique est irréductible à la volonté singulière qui en est l'expression ultime. « *Il n'est (...) pas une seule classe d'actes juridiques où la volonté unilatérale n'intervienne et n'ait son effet* »¹¹⁶. Cette conception des choses lui fait reléguer le contrat parmi les modes juridiques qui peuvent obliger. Sous la plume de cet auteur, le contrat perd de son hégémonie en reconsidérant les obligations d'après un élément insécable : la volonté unilatérale.

428. La configuration du social par le biais de la norme contractuelle. – Cette nouvelle taxinomie qui participe à réorienter la théorie des obligations – du contrat vers l'acte juridique –, a participé à repenser l'interprétation judiciaire à laquelle soumettre les contrats. Ce fut Raymond SALEILLES qui s'illustra à ce sujet, en empruntant lui aussi abondamment à la doctrine allemande¹¹⁷. À l'instar de René WORMS, il se montre également attentif aux aspects hétérogènes du contrat qui le font voir comme une association volontaire à une institution établie. Avant même qu'il ne conçoive la locution « contrat d'adhésion », il écrivait dans les années 1890 :

L'engagement de l'ouvrier est-il lui-même un contrat comme tout autre où la position des parties soit égale, ou le parallélisme des volontés soit intact ? N'est-il pas plus vrai de dire que l'ouvrier accepte de devenir membre d'un organisme compliqué, qu'il entre dans une société et qu'il adhère à ses statuts ? Il ne les débat pas, il ne les discute pas ; la réglementation du travail et de tout l'organisme lui échappe. (...) Il accepte une loi qu'on lui propose, il ne discute pas les conditions d'un contrat¹¹⁸.

Ses réflexions sur l'interprétation judiciaire des contrats y participent comme le

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Id.*, p. 95.

¹¹⁷ Il suivit de près la préparation du code civil allemand, promulgué en 1896 et à la traduction duquel il participa au sein de la Société de législation comparée. Il présenta devant elle une première publication (*Bulletin de la Société de législation comparée* 1889, XVIII, p. 165), avant d'en développer les termes dans un ouvrage intitulé : *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand* (1890). Il publia en outre plusieurs monographies en rapport avec le droit allemand, dont ses *Mélanges de droit comparé* (1904-1907, 2 vol.).

¹¹⁸ SALEILLES Raymond, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, Paris, Pichon, 1890 (1^{re} éd.), p. 402.

prolongement d'une méditation arborescente. Cela nous importe en tout premier lieu dans la mesure où ce fut à cette occasion qu'il avança cette locution inédite : le « contrat d'adhésion ». Avec un sens de la formule dont cet auteur était coutumier, il renversa le primat de la volonté au profit de l'empreinte sociale du contrat.

Il semble qu'en définitive il faille revenir (...) à ce dont le droit paraît avoir le plus de méfiance, à dire : « Cela est, parce que cela est juste. » Les juristes veulent pouvoir dire : « Cela est juste, parce que cela été voulu. » Il faut désormais que l'on dise : « Cela doit être voulu, parce que cela est juste »¹¹⁹.

Dans la mesure où le contrat n'a pour lui d'autre valeur que celle qui se conforme au juste, il ne l'appréhende pas comme un accord de volontés dont le juge aurait pour tâche d'explicitier la teneur de chacune. Il préfère l'appréhender objectivement, pour ce qu'il est, d'après une volonté commune, c'est-à-dire une volonté médiane qui est ni tout à fait celle du pollicitant, ni tout à fait celle de l'acceptant ; une volonté qui, en affleurant la surface du contrat, est la seule qui soit dicible du point de vue de la société.

Le juge (...) doit se former un idéal, de caractère objectif, d'après lequel il appréciera, conformément aux circonstances personnelles des parties, ce que devait être le contrat, pour répondre au but social du droit. Et, c'est, d'après cet idéal, qu'il inclinera et qu'il orientera ce qu'il peut y avoir de douteux et d'incertain dans la volonté des parties. En d'autres termes, s'agissant de contrats, aucune des deux volontés ne peut plus s'interpréter isolément et unilatéralement. Il ne peut y avoir qu'une volonté commune répondant à ce à quoi chacune des deux parties a dû et pu s'attendre d'après la volonté de l'autre normalement interprétée¹²⁰.

Sa conception objective du contrat qu'il apprécie à l'aune de son but social, de sa conformité à une certaine idée du juste, transforme radicalement l'office du juge qui n'est plus cantonné à faire droit aux actions contractuelles selon ce que chacune des parties prétend avoir voulu en s'engageant. Raymond SALEILLES lui reconnaît un « *pouvoir réglementaire et supplétif* »¹²¹ toutes les fois où le contrat peut se présenter sous un jour équivoque.

429. Maurice HAURIU ne s'y est pas trompé lorsqu'il commenta l'arrêt *DEPLANQUE* (1907). Plusieurs se sont récriés contre la violence d'un arrêt par lequel le Conseil d'État condamna un concessionnaire sur la base d'aucune stipulation explicite. Alfred DES CILLEULS – fonctionnaire de la préfecture de la Seine à la retraite – qui se fait le porte-voix de la doctrine classique du XIX^e siècle, ne voit pas que l'on puisse appréhender le juge administratif autrement qu'en un interprète fidèle de la volonté des parties.

¹¹⁹ SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté...*, *op. cit.* (1901), p. 351.

¹²⁰ *Id.*, p. 228.

¹²¹ *Ibid.*

Quand il s'agit d'expliquer le sens et la portée de clauses insuffisantes ou obscures, les juges n'ont, ni à suppléer aux omissions, ni à rectifier le langage employé : ils ne peuvent que donner la signification rationnelle de la pensée commune des parties, en tenant compte de la nature des contrats, pour reconnaître si on en a observé les termes et l'esprit, puis pour en déduire les responsabilités encourues¹²².

En estimant que les « *lacunes commises* [dans la rédaction du contrat] *ne se présument pas* », il craint que ne soit délétère l'influence du droit commun et de la jurisprudence judiciaire – laquelle puise « *une grande latitude dans les art. 1142, 1147 et suivants du Code civil* ». « *Mais, les dispositions de droit commun régissent-elles la matière des concessions de travaux publics ?* »¹²³. Les cahiers des charges ne sont-ils pas « *combinés pour se suffire à eux-mêmes* » si bien qu'« *il convient de s'en tenir à leur texte, pour rendre justice aux intérêts lésés par leur méconnaissance* »¹²⁴ ? Si cet auteur dénonce l'« *emprunt aux principes généraux de la législation civile* » en ce qu'il crée « *un précédent redoutable, en introduisant les règles du droit privé dans les matières du droit administratif* », il redoute en filigrane un juge dont l'office lui permette d'user largement d'un pouvoir interprétatif. Car si cette « *innovation, aujourd'hui [est] en faveur de l'administration, [elle] peut se retourner, demain, contre elle* »¹²⁵. Alors qu'il expose la même critique dans un autre périodique¹²⁶, il n'est pas isolé en ce sens¹²⁷. C'est avec raison que le doyen toulousain – pour qui « *le juge administratif* [mit à cette occasion] *la main sur l'opération de concession* »¹²⁸ – discerna la prégnance de la doctrine de la déclaration de volonté à la diffusion de laquelle Raymond SALEILLES participa. À rebours de cette idée commune suivant laquelle le contrat de concession reposait exclusivement sur le cahier des charges¹²⁹, le Conseil d'État décala la conception qu'il s'en faisait en empruntant à la jurisprudence judiciaire qui inclinait parfois à redéfinir le sens du contrat sous couvert de rechercher la commune intention des parties.

¹²² DES CILLEULS Alfred, « Du respect des engagements dans les concessions de travaux publics », in *R.C.L.J.* 1907, p. 482.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Id.*, p. 483.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Cf. cet autre article d'Alfred DES CILLEULS : « De la sanction des droits du concédant en matière de travaux publics » (in *Gazette des tribunaux* 1907 (21 juin), n° 24718).

¹²⁷ Dans le même sens, les auteurs de la *Revue des concessions* dénoncèrent cet arrêt en s'interrogeant : « *Était-ce l'office du juge que de substituer ainsi aux griefs déterminés de la ville concédante tirés du défaut d'allumage et du manque de matériel, celui plus général de retards dans l'exécution du service ?* ». Ils regrettèrent « *le vague de cette imputation de faute* » qui fit sortir le juge « *des termes du cahier des charges* » en suppléant à ses lacunes (in *Revue des concessions* 1907, p. 294). Dans le même sens, Léon de LA TASTE publia dans la même revue un article ainsi intitulé : « Sanctions pécuniaires des obligations des concessionnaires de chemins de fer et de tramways » (1904, p. 49).

¹²⁸ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *DEPLANQUE c. Ville de Nouzon* (C.E., 31 mai 1907) [1907], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, Sirey, 1929 (3 vol.), t. 3, p. 450.

¹²⁹ Les administrativistes du second XIX^e siècle estimaient qu'à défaut de pouvoir s'agréger à aucune catégorie de contrats, les concessions de travaux (services) publics étaient des conventions dont les stipulations devaient se suffire à elles-mêmes. Cette conception perdura jusqu'en avant du XX^e siècle.

L'autonomie de l'Administration dans la réalisation de ses droits est destinée à disparaître devant le contrôle du juge administratif, (...) comme a disparu dans son temps, devant le contrôle du juge civil, l'autonomie de l'individu dans l'exécution de ses droits privés¹³⁰.

L'un des arrêts les plus importants du droit des contrats administratifs témoigne de la gravité de cette question dont les incidences sur la conception du contrat sont profondes. La doctrine de Raymond SALEILLES à laquelle l'arrêt *DEPLANQUE* paraît se prêter, n'est pas tant révolutionnaire qu'elle ne reconsidère le contrat à l'aune de son objet social. Les motifs avancés par le commissaire du gouvernement ROMIEU illustre cette inclination. Le recours au droit commun n'est pas tant justifié – selon ce qu'il prétend – par les avantages particuliers que l'administration contractante y trouverait, que par « *l'intérêt du service public* » dont la gestion ne saurait plus affectée par la rédaction défectueuse du contrat de concession¹³¹. Le recours au droit commun ne dissimule rien d'autre qu'un office renforcé du juge du contrat. Si à cet égard, la juridiction administrative était attentive à ne pas s'immiscer dans les relations entre l'administration concédante et le concessionnaire avant de modifier insensiblement la conception de sa fonction, nous pensons qu'elle s'y est d'autant plus facilement décidée que certains civilistes invitaient à réévaluer l'office prétorien en considération de l'objet social du contrat. Quels autres contrats que ceux passés pour le fonctionnement des services publics se prêtent-ils mieux à mettre en valeur l'objet social inhérent à chaque contrat ? Certains civilistes le soulignèrent à propos des contrats d'adhésion.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ ROMIEU Jean, Conclusions prononcées sous l'arrêt *DEPLANQUE c. Ville de Nouzon* (C.E., 31 mai 1907), in PANHARD Napoléon-Charles (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux des décisions du Tribunal des conflits et de la Cour des comptes* (collection MACAREL & LEBON), Paris, Larose (2^e série, t. 77 ; année 1907), p. 515.

Section 2. – Le rôle cardinal conféré au contrat : une illustration avec les contrats d'adhésion

430. Le déploiement du contrat d'adhésion au travers d'une acception objective du contrat. – C'est au sujet de l'office du juge judiciaire que Raymond SALEILLES évoqua les contrats d'adhésion dont il proposa jusqu'à la locution. Il s'y attarda peu, ne souhaitant entreprendre aucune théorie. Son ambition fut d'apporter une correction à sa doctrine dans les hypothèses où la recherche d'une volonté commune eût été tout à fait fictive. Reconnaisant l'absence d'une quelconque volonté chez l'adhérent, sauf celle de consentir à l'offre proposée, sa doctrine a peu de prise sur ces contrats dont la nature ne met pas le juge en mesure de « *dégager une volonté commune qui prenne une forme objective désormais indépendante de la subjectivité des parties* »¹³².

L'interprétation, dans ce cas, devrait s'en faire comme celle d'une loi proprement dite, en tenant compte, beaucoup moins de ce qu'on a pu croire et vouloir, (...) de ce que ces chartes générales doivent être dans l'intérêt de la collectivité auxquelles elles s'adressent. Ce qui doit constituer l'interprétation, ce n'est plus la recherche d'une volonté moyenne, qui puisse représenter la volonté commune des deux contractants, (...) mais bien l'interprétation de la seule volonté qui a été prédominante ; (...) volonté qui (...) a créé une loi contractuelle, offerte aux adhésions particulières, et qui doit être appliquée dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu¹³³.

La définition qu'il assigne à ces contrats qualifiés d'adhésion reste impressionniste, car elle n'a d'autre d'utilité que de les distraire pour mieux convaincre de la justesse de sa thèse sur l'interprétation judiciaire. Elle ne prétend pas à la précision que l'on pourrait souhaiter en cherchant à découvrir sous cette locution une théorie autonome – sinon spéciale – de la théorie des contrats. Le contraste qu'il dresse entre contrats classiques et contrats d'adhésion n'a d'autre fonction que celle d'affiner la manière dont l'interprétation judiciaire dût s'appliquer selon les cas.

Sans doute, il y a contrats et contrats ; et nous sommes loin dans la réalité de cette unité de type contractuel que suppose le droit. (...) Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et dont la construction juridique reste à faire ; (...) ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même. C'est le cas de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes

¹³² SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté...*, *op. cit.* (1901), p. 230.

¹³³ *Id.*, p. 230.

compagnies de chemins de fer, et de tous ces contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective¹³⁴.

431. Quelques années plus tard, Raymond SALEILLES émousse ses propos en reconnaissant aux contrats d'adhésion une nature purement contractuelle. En prenant part aux discussions qui se sont tenues devant la Société d'études législatives au sujet du contrat de travail, il se défausse d'une compréhension anti-contractuelle que certains lui ont imputée entretemps – tel l'administrativiste BERTHÉLEMY¹³⁵. À cet effet, il rappelle en quel sens il tourna ses précédents développements.

C'est en partant de cette idée d'autonomie juridique, assurée à chacune des deux parties lors de leur engagement, qu'ont été établies toutes les règles du droit sur l'annulation, l'interprétation et l'exécution, du contrat. Et lorsqu'on a tracé ces règles fondamentales, constitutives du droit commun, on ne prévoyait pas le mécanisme très différent de volontés simplement juxtaposées, au lieu de volontés qui se soient équilibrées et pénétrées ; de volonté dont l'une est prépondérante, non plus à raison de circonstances purement accidentelles, mais par le fait de situations économiques qui puissent constituer une sorte de monopole de fait, devant lequel les volontés adhérentes n'aient qu'à s'incliner par une acceptation pure et simple, sans autre possibilité de débattre leurs propres intérêts sur le terrain du marché économique¹³⁶.

Il insiste sur l'acquiescement de l'acceptant – qui n'est en mesure de rien négocier – à « toute une série de clauses accessoires auxquelles on adhère le plus souvent sans les lire, et surtout sans les comprendre »¹³⁷. Sans nier le caractère contractuel de ces engagements, il note ce qu'ils ont de spécifique en ce que « l'une des parties, sans être appelée à discuter aucune condition relative au contrat, n'a plus qu'à donner son adhésion à une loi générale, destinée à régler tous les rapports juridiques que vise l'organisme auquel elle s'adresse »¹³⁸. Pour certains de ces contrats, les « clauses réglementaires »¹³⁹ sont préalablement homologuées par une autorité chargée de veiller aux intérêts des adhérents. Ainsi en est-il de ceux passés dans le cadre des concessions de service public – pour l'éclairage, les transports ferroviaires, etc. –, entre le concessionnaire et les usagers. C'est en s'inspirant du droit administratif qu'il suggère l'intervention d'une autorité tutélaire, là où l'autorité administrative n'a pas vocation à prévenir des rapports léonins.

Il faut (...) que ce contrôle, que n'offre plus l'homologation administrative, on le trouve, sous une autre forme, par voie d'application plus extensive de l'interprétation judiciaire, en ce qui touche l'appréciation

¹³⁴ *Id.*, p. 229-230.

¹³⁵ En 1906, le professeur BERTHÉLEMY devant la Société des études législatives s'exclama : « Je vois là mon ami SALEILLES qui disait même l'autre jour : [le contrat de travail] n'est pas un contrat du tout » (*in Bulletin de la Société d'études législatives* 1906, p. 154).

¹³⁶ SALEILLES Raymond, « Lettre de M. SALEILLES [adressée à la Société d'études législatives à propos de la question du contrat de travail] », *in Bulletin de la Société d'études législatives* 1906, p. 211.

¹³⁷ *Id.*, p. 212.

¹³⁸ *Id.*, p. 213-214.

¹³⁹ *Id.*, p. 215.

de la bonne foi et de la loyauté en matière d'exécution du contrat, comme en ce qui concerne l'appréciation et la valeur des clauses réglementaires¹⁴⁰.

Dans un autre extrait, il met en exergue l'office salvateur auquel le juge judiciaire peut satisfaire en rectifiant *a posteriori* – tandis que l'administration le cas échéant intervient *a priori* – les inégalités excessives que peuvent charrier les contrats d'adhésion.

Lorsqu'il s'agit de ces contrats formés exclusivement par l'adhésion des intéressés à une loi fixée d'avance par une partie prépondérante qui ait comme le monopole de fait, ou le monopole professionnel, du service d'intérêt général qui est en cause, la conception des idées de bonne foi et d'équité, en ce qui concerne l'application et l'interprétation des clauses du contrat, devient plus rigoureuse et plus stricte. (...)

C'est donc bien un contrat que le juge a mission d'interpréter ; ce n'est pas une réglementation légale qu'il prend sur lui de créer. Il ne reconnaît d'autre loi que celle dont parle l'art. 1134 ; et cette loi c'est le contrat, avec toutes les clauses principales et accessoires qui en marquent les contours. Seulement cette loi contractuelle, cette charte fondamentale des parties intéressées, le juge l'interprète comme il interpréterait une loi ordinaire, sous l'influence des idées de bonne foi et de loyauté réciproques, qui sont la base de tous les rapports sociaux élevés à la hauteur de rapports juridiques¹⁴¹.

Au final, les contrats d'adhésion ne sont un vecteur de spécificité qu'au titre de leur interprétation judiciaire.

432. Confrontation de la conception admise par SALEILLES sur les contrats d'adhésion, avec les critiques de la doctrine civiliste orthodoxe. – Cela étant dit, nous ne pensons pas que Raymond SALEILLES ait développé plus en avant une théorie des contrats d'adhésion. Le professeur CHÉNÉDÉ semble s'en attrister en rapportant que SALEILLES « *se contente de lancer deux pistes de réflexion* »¹⁴² ; l'une à propos de l'interprétation de ces contrats, l'autre sur leur nature. D'autres estiment par ailleurs que « *le contrat d'adhésion n'est pas un contrat pour SALEILLES* »¹⁴³. C'est nous semble-t-il lui prêter une opinion qu'il a formellement récusée ; plus encore, c'est négliger la démarche intellectuelle qui sous-tend son essai doctrinal. Il en a traité ici et là, dans une œuvre prolifique, toujours en relation avec une démonstration qui ne s'est jamais arrêtée à ces contrats proprement dits. Les contrats d'adhésion n'ont, pour cet auteur, de pertinence que rapportés aux contrats ordinaires. Cette locution constitue une espèce d'appendice doctrinal qui n'a pas vocation à évoluer indépendamment de la théorie des contrats. Elle participe d'une reformulation du contrat dont la trame réceptionne la doctrine de la déclaration de volonté en y adaptant – notamment – les pouvoirs interprétatifs du juge. En effet, Raymond SALEILLES se fait du contrat une idée qui diffère sensiblement de la conception liée à

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Id.*, p. 216-217.

¹⁴² CHÉNÉDÉ François, « Raymond SALEILLES : le contrat d'adhésion », in *Revue des contrats* 2012, p. 1018.

¹⁴³ Pour un exemple récent : GRYNBAUM Luc, « SALEILLES et le droit des obligations : l'objectif du juste milieu », in [collectif], *Raymond SALEILLES et au-delà*, Paris, Dalloz, 2013, p. 120.

la doctrine de l'autonomie de la volonté. Tandis que celle-ci arrête la compréhension du contrat à la volonté psychologique des parties, cet auteur préfère y voir un « *procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques* »¹⁴⁴.

Aussi est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué¹⁴⁵.

Il n'y a rien d'étonnant à ce que Marcel PLANIOL ait trouvé la locution doctrinale de contrat d'adhésion « *sans grande utilité* »¹⁴⁶, car il n'a jamais appréhendé le contrat que d'après une conception volontariste. Les partisans de la doctrine de l'autonomie de la volonté ont pu en faire l'économie, tels par exemple les professeurs CAPITANT et COLIN : « *Ce serait se jeter dans des difficultés inextricables que de refuser [aux contrats d'adhésion] leur caractère contractuel* »¹⁴⁷. C'est en parfaite connaissance de cause que ces auteurs déniaient aux contrats d'adhésion toute espèce de singularité juridique. Ils ont parfaitement discerné les enjeux doctrinaux sous-jacents à cette locution :

L'objectif des écrivains dont nous repoussons ici la doctrine, serait de soustraire les effets des contrats d'adhésion à la volonté de celui qui serait réputé faire la loi du contrat, pour confier aux juges le soin de les déterminer *ex aequo et bono*. Or nous pensons qu'un pouvoir aussi arbitraire confié aux magistrats serait bien plus redoutable encore pour les parties¹⁴⁸.

Un autre – professeur de droit civil à la faculté de Bordeaux – reprochait à cette locution doctrinale d'être dissolvante du concept même de contrat. Car il reconnaissait que celui-ci était une figure juridique destinée à subsumer les disparités offertes par la pratique.

Il n'y a pour ainsi dire pas de contrat où les deux parties obtiennent exactement les conditions qu'elles désirent. Et alors on est enfermé dans ce dilemme : ou tous les contrats sont, dans une mesure plus ou moins large, des contrats d'adhésion, ou il faut arriver à la négation de l'idée même de contrat¹⁴⁹.

À l'instar des précédents, François GÉNY se récrit contre les doctrines qui méconnaissent « *la nature vraie du contrat civil, qui implique seulement la rencontre de deux volontés, exemptes de vices, sur un objet d'intérêt juridique* »¹⁵⁰.

¹⁴⁴ SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté...*, *op. cit.* (1901), p. 229.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Paris, L.G.D.J., 1906-1908 (3 vol., 4^e éd.), t. 2 (1907), p. 326.

¹⁴⁷ CAPITANT Henri & COLIN Ambroise, *Cours élémentaire de droit civil français*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1915), p. 274.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 275.

¹⁴⁹ BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses* [mis à jour par Gustave CHÉNEAUX], Paris, Larose & Tenin, 1911-1914 (11^e éd., 3 vol.), t. 1, p. 15.

¹⁵⁰ GÉNY François, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Paris, Larose & Tenin, 1911 (2 vol.), t. 1, p. 54.

433. En se plaçant d'un point de vue différent, c'est-à-dire en attribuant à la volonté contractuelle un sens différent marqué par l'empreinte du solidarisme¹⁵¹, Raymond SALEILLES présente le contrat d'adhésion comme une espèce d'arborescence doctrinale de la théorie des obligations. La signification qu'il lui confère est intimement liée à la manière dont elle la complète. En peu de mots, cet essai est avant tout un témoignage de l'intérêt porté par son auteur à l'égard des contrats de masse ; il n'est ni le premier, ni le dernier. Pour n'en donner qu'un exemple – Maurice HAURIU étudia en 1900 ce qu'il appelait « *les petits contrats du droit administratif, ou encore les contrats de guichet* »¹⁵². Et encore, la préoccupation de Raymond SALEILLES ne prit-elle forme qu'à l'occasion d'une doctrine véhiculant le solidarisme jusqu'au sein de l'opération contractuelle par l'entremise de l'office juridictionnel. Le professeur montpelliérain MEYNIAL l'a très bien compris en s'attardant longuement sur cet aspect de l'œuvre de SALEILLES.

Voilà (...) si je l'ai bien comprise, la théorie de l'interprétation qu'on trouvera magistralement développée dans le livre de M. SALEILLES [c'est-à-dire : *De la déclaration de volonté* (1901)]. Qu'il s'agisse de la loi ou qu'il s'agisse du contrat, l'interprétation n'est pas seulement une recherche de l'intention du législateur ou du déclarant, elle est une adaptation des procédés juridiques au but poursuivi par l'agent, et elle autorise le juge à exercer en outre sur cette intention un contrôle, une surveillance qui n'a d'autre limite que celle de l'intérêt général. Le juge est le régulateur de la vie sociale dans ses rapports avec la loi ou avec la Convention ; il est en même temps, par délégation, le législateur de la Convention¹⁵³.

En concluant son article, celui-ci ne s'illusionne pas sur les bouleversements auxquels le droit positif peut se prêter. De son avis, ils sont en soi tout à fait mesurés. C'est bien plutôt sur l'antagonisme théorique qu'il insiste.

C'est en réalité un procès de tendances que je fais ici au Code allemand et à son savant interprète [c'est-à-dire Raymond SALEILLES]. On trouvera peut-être que le progrès qu'ils demandent à notre interprétation est bien peu de chose pour justifier de pareils reproches. J'en conviens volontiers et je suis tout prêt à en reconnaître l'exagération. Pourtant, puisque (...) j'ai essayé de déterminer exactement la mesure de ce progrès, je voudrais qu'on me pardonnât ce dernier excès en songeant que c'est justement parce que la pente est insensible qui mène de notre système actuel à celui de M. SALEILLES, que je ne sais pas comment m'y refuser autrement qu'en considérant la direction où elle nous engage¹⁵⁴.

La locution « contrat d'adhésion » nous paraît être l'une de ces saillies doctrinales destinées à marquer l'écart entre la doctrine de l'autonomie de la volonté et celle de la

¹⁵¹ Sur la réception du solidarisme par SALEILLES, voir les articles du professeur RÉMY : « La genèse du solidarisme » (*in* GRYNBAUM Luc & NICOD Marc (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 3) et du professeur TERRÉ : « Le droit à l'épreuve de la société : Raymond SALEILLES et l'idée du droit social » (*in* R.H.F.D. 1999, p. 147).

¹⁵² HAURIU Maurice, Note sur la décision *Préfet du Rhône c. MEY* (T.C., 17 juin 1899) [1900], *in* *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 1 (1929), p. 242-243.

¹⁵³ MEYNIAL Edmond, « La déclaration de volonté », *in* R.T.D. *civ.* 1902, p. 562-563.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 573.

déclaration de volonté ; l'une de ces assises employées à la clarté de la démonstration, et derrière laquelle l'on chercherait en vain les germes d'une théorie purement anti-contractuelle.

Ce qui domine dans toutes les tentatives auxquelles je fais allusion [c'est-à-dire les doctrines allemandes dont SALEILLES se fait l'interprète], c'est qu'elles ont pour but et pour résultat de restreindre, dans une mesure plus ou moins grande, l'indépendance, l'autonomie de l'individu. Autrefois, l'individu est tout dans le contrat ; c'est lui qui doit y suffire. Désormais, au contraire, on s'efforce de le montrer incapable, on se substitue à lui, on prétend même parfois expulser sa volonté pour mettre à sa place l'équité dont le juge est l'incarnation, et l'interprétation est le moyen qui permet d'opérer graduellement cette substitution¹⁵⁵.

D'ailleurs, cette locution doctrinale fut réceptionnée sans encombre par les civilistes de l'Entre-deux-guerres. Les enjeux s'étant déplacés, elle perdit de sa valeur subversive. La théorie des contrats ne fut plus tant questionnée à l'aune d'actes dont la nature contractuelle pouvait être mise en doute, qu'à l'aune des intrusions croissantes du législateur dans le droit des contrats. À l'exception de quelques-uns¹⁵⁶, les civilistes des années 1920 se contentèrent d'ajouter aux classifications existantes, une nouvelle distinguant entre les contrats d'adhésion et les contrats de gré à gré¹⁵⁷ ; ou sinon d'autres leur consacrèrent quelques menus propos à propos du consentement¹⁵⁸. Rares sont ceux qui leur consacrèrent plus de quelques lignes expéditives – souvent en rapport avec une lecture critique de la doctrine de l'autonomie de la volonté¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 556.

¹⁵⁶ Nous pensons au *Cours élémentaire de droit civil* de CAPITANT et COLIN, lesquels traitent du contrat d'adhésion en examinant le « *Principe de la pleine liberté contractuelle. Ses lacunes* ». La raison tient à ce que la première édition de leur ouvrage est contemporaine des années 1910, c'est-à-dire d'une époque où le contrat d'adhésion est employé à miner la doctrine de l'autonomie de la volonté. C'est donc sous ce biais que ces auteurs l'évoquèrent, tandis que les civilistes des années suivantes – à une époque où sa portée subversive avait été réduite à peu de chose – se le représentèrent comme une singularité ne nécessitant plus que quelques lignes à propos de la formation du contrat.

¹⁵⁷ Cf. dans l'ordre chronologique : JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français...*, *op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1930), p. 18 ; BONNECASE Julien, *Précis de droit civil (conforme au programme officiel des facultés de droit)*, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1934-1935 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1934), p. 486 ; et BEUDANT Robert & LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Paul, *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1934-1949 (2^e éd., 14 vol.), t. 8 (1936 ; avec la collaboration de Gaston LAGARDE), p. 38.

¹⁵⁸ Cf. dans l'ordre chronologique : BONNECARRÈRE Philippe, LABORDE-LACOSTE Marcel & CRÉMIEU Louis, *Précis de droit civil à l'usage des étudiants de capacité (conforme au programme des examens de capacité)*, Paris, Sirey, 1926-1928 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 11 ; HÉMARD Joseph, *Précis élémentaire de droit civil*, Paris, Sirey, 1928-1930 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1929), p. 23 ; et PLANIOL Marcel & RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1925-1934 (1^{re} éd., 14 vol.), t. 6 (1930 ; avec la collaboration de Paul ESMEIN), p. 155.

¹⁵⁹ Il n'y eut que ceux sensibles aux critiques faites à la doctrine de l'autonomie de la volonté qui se distinguèrent à cet égard – savoir : René DEMOGUE (*Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923-1933 (7 vol.), t. 2 (1923), p. 307 *sq.*) et Eugène GAUDEMET (*Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, p. 52 *sq.*). À rebours, Georges RIPERT adressa au contrat d'adhésion une critique inflexible : *La règle morale dans les obligations civiles* (Paris, L.G.D.J., 1925 (1^{re} éd.), p. 93 *sq.*) & *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (Paris, L.G.D.J., 1936 (1^{re} éd.), p. 187 *sq.*).

- 434. Les contrats d'adhésion employés à confronter la valeur de la théorie des contrats.** – Les thèses soutenues dans les années d'avant-guerre renforcent en règle générale cette interprétation. Excepté celle d'Emmanuel GOUNOT, toutes ont conçu les contrats d'adhésion à l'aune de la question de leur interprétation. Les auteurs se sont évertués à démontrer que les fondements du droit civil pouvaient être conservés, sauf à leurs ajouter des complications qui permissent d'appréhender les singularités irréductibles à la doctrine de l'autonomie de la volonté. Chacun à leur manière, ils n'ont jamais entendu situer les contrats d'adhésion en dehors de la théorie des contrats. En se rapportant pour l'essentiel à leur interprétation, ils ont travaillé à convaincre qu'elle pouvait se prêter à une compréhension solidariste – sinon à une acception de la doctrine de l'autonomie de la volonté moins rigoureuse – qui pût palier les abus visés par les contrats d'adhésion. C'est par cette démarche que René GUIHAIRE se distingua en soutenant une thèse sur la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté. Il n'y est pas question de contrats d'adhésion, puisque cette locution n'avait pas encore été proposée ; cependant les enjeux sont déjà sentis :

Il ne s'agit évidemment pas de saper par la base la théorie du contrat (...) pour lui substituer de toutes pièces la théorie de l'engagement unilatéral. (...) Il s'agit, plus simplement, de savoir si la pratique ne pourrait compléter la théorie du contrat, dans ce qu'elle a d'insuffisant, par celle de la volonté unilatérale et si, par conséquent, il ne serait pas possible à la jurisprudence (...) de rattacher expressément une obligation à un fait unique de volonté, dans le cas où il lui paraîtrait juste et utile de consacrer pareille obligation, en dehors du cadre exigé du contrat¹⁶⁰.

Avec plusieurs de ses contemporains, cet auteur fait montre du souci d'ajouter à la théorie des contrats, de la compléter, de la parfaire, de l'adapter – toujours elle détermine l'orientation de leurs démonstrations. Quelles que fussent les critiques qui lui furent désignées, les réactions ont toujours été pensées avec elle, voire en son sein même ; lorsqu'elles n'ont pas été dirigées contre l'idée même de volonté unilatérale pour défendre la classification traditionnelle des obligations¹⁶¹. Les thèses entreprises sur les contrats d'adhésion ont été, d'une certaine manière, un exercice académique idoine pour mettre en exergue la ductilité de cette théorie au regard des pratiques inédites qui contraignirent à son évolution.

- 435.** Jacques DOLLAT illustre le premier cette inclination à penser les contrats d'adhésion à partir de la théorie des contrats – presque à son corps défendant semble-t-il, puisqu'il leur dénie allusivement une nature contractuelle. « *Bien que nous ne les croyions pas en*

¹⁶⁰ GUIHAIRE René, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, Rennes, Imprimerie Simon, 1900 (thèse de doctorat, faculté de Rennes ; présidée par CHÂTEL, professeur de droit civil), p. 270.

¹⁶¹ Cf. à cet égard : ELIAS Randolphe, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale (étude et critique)*, Paris, Larose & Tenin, 1909 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par PIEDELIEVRE, professeur de droit civil).

réalité des contrats, nous leur conservons leur nom au cours de cette étude, dans un intérêt de clarté »¹⁶². À quoi il ajoute plus loin :

Ces contrats, comme nous nous proposons de le montrer, sont donc nouveaux, soit entièrement, soit par leur manière de naître¹⁶³.

Le cadre de sa démonstration comme son organisation ne s'éloignent pas des canons civilistes ; jamais il ne semble vouloir s'extraire du schème contractuel auquel ses réflexions empruntent. Certes, les solutions qui y sont envisagées pour corriger l'inégalité des rapports puisent pour certaines en dehors du droit des obligations¹⁶⁴. Cependant à aucun moment il n'examine la question de la nature de ces contrats. Comme si celle-ci ne se prêtait à aucune discussion – ou plutôt, comme si elle ne pouvait qu'être vaine, la théorie des contrats étant la plus à même de ménager les individus dans leurs rapports avec les puissances économiques. La même année, Georges DEREUX soutint une thèse distinguée sur un sujet recoupant partiellement celui de Jacques DOLLAT. En entreprenant une étude sur l'interprétation des actes juridiques, il aborda les débats doctrinaux relatifs à la volonté et la déclaration sous leur aspect le plus vif. Ce faisant il envisagea plusieurs questions dont celle de l'interprétation judiciaire qu'il décida d'illustrer par une étude de cas consacrée aux contrats d'adhésion :

Pour étudier l'interprétation judiciaire, il est une foule de questions qui sollicitent notre attention et peuvent, *a priori*, jeter une certaine lumière sur les principes de la matière ; mais nous aimons mieux en approfondir une seule que d'en effleurer un grand nombre ; nous choisirons comme exemple celle qui est, à notre avis, la plus intéressante et la plus délicate à l'heure actuelle ; nous demanderons *comment les tribunaux doivent interpréter ces actes que l'on commence à appeler des « contrats d'adhésion »*¹⁶⁵.

Ses développements sur ces contrats nous importent peu au fond. La manière dont il les attire à son attention indique suffisamment comment il en conçoit la pertinence doctrinale. Pour certains civilistes comme PLANIOL, les contrats d'adhésion ne sont rien d'autres que des contrats. La discrimination qu'introduit cette locution est selon lui *pernicieuse*, sinon inutile. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE – ou plutôt Gustave CHÉNEAUX qui œuvra à mettre à jour la onzième édition de son *Précis de droit civil* (1911-1914) – l'estime *dangereuse*. De son côté, Georges DEREUX reçoit cette locution en admettant qu'elle puisse ordonnancer autrement la théorie des obligations. Celle-là ne présente d'intérêt qu'autant qu'elle éclaire la doctrine de l'autonomie de la volonté

¹⁶² DOLLAT Jacques, *Les contrats d'adhésion*, Paris, Larose & Tenin, 1905 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par PLANIOL, professeur de droit civil), p. 3.

¹⁶³ *Id.*, p. 14.

¹⁶⁴ Il avance en effet quelques moyens de protéger les adhérents : l'intervention judiciaire (avec une certaine circonspection) ; l'intervention législative ; la monopolisation de certaines activités en les érigeant en services publics (quoiqu'il réprouve cette alternative) ; enfin, le regroupement des adhérents en associations.

¹⁶⁵ DEREUX Georges, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, Paris, Rousseau, 1905 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par COLIN, professeur de droit civil), p. 68.

sous un de ses aspects les plus critiquables ; et qu'elle saisit cette dernière par les marges pour déstabiliser la fonction épistémologique de la volonté et redéployer la théorie des obligations autrement. Lorsqu'il évoque elliptiquement Raymond SALEILLES et Léon DUGUIT, il écarte leur opinion d'une manière évasive qui illustre à quel point la nature juridique des contrats d'adhésion lui importe peu.

Il faudrait [rapporte-t-il en citant SALEILLES et DUGUIT] donc remanier, non seulement l'application classique des principes, mais les principes mêmes du droit et soumettre à des règles nouvelles des faits nouveaux.

Nous ne croyons pas devoir aller tout à fait aussi loin¹⁶⁶.

Nous dirions presque qu'ils ne sont pour Georges DEREUX qu'un sujet secondaire en soi, dont l'usage n'a consisté qu'à ébranler la doctrine de l'autonomie de la volonté en dénonçant celles de ses conséquences iniques. Ce pour réaligner la théorie des obligations sur des perspectives situées à moyen terme avec la doctrine de la déclaration de volonté¹⁶⁷.

Il suffit d'appliquer les principes de notre Code civil ; mais il faut les appliquer à la réalité toute pure, non à une réalité mélangée de fictions. (...) C'est ainsi seulement que, au lieu de faire tomber les volontés dans des pièges, avec des marques purement extérieures de respect, on déférera vraiment aux volontés dignes de créer des droits¹⁶⁸.

Si cette doctrine fit dire à Maurice HAURIOU qu'elle était « *furieusement contractuelle* »¹⁶⁹, celui-ci n'a pas tenu pas compte – ou n'a pas voulu pas tenir compte – du fait qu'elle procédait d'intentions très différentes des siennes.

436. La contemporanéité de la doctrine de l'autonomie de la volonté éprouvée au travers des contrats d'adhésion. – Ceux qui après Jacques DOLLAT et Georges DEREUX ont écrit sur les contrats d'adhésion discutent d'opinions quelques fois différentes, sans néanmoins se placer sur un autre plan. Ils ne se sont employés qu'à argumenter la nécessité de *corriger* ce que la doctrine classique eût d'*obtus*, c'est-à-dire de *trop rigoureux*. Cette dialectique confine inexorablement ces auteurs dans la théorie des contrats, vraisemblablement à raison de ce que le professeur DEROUSSIN appelle « *l'hypertrophie du modèle contractuel* » dans la théorie des obligations¹⁷⁰. La nature des contrats d'adhésion – lorsqu'elle s'y trouve discutée – renvoie toujours au contrat, en dehors duquel sa cohérence serait corrompue. Aussi l'examen de ces contrats est-il

¹⁶⁶ *Id.*, p. 214.

¹⁶⁷ C'est d'ailleurs dans cette démarche qu'il évoque en 1900 les contrats d'adhésion, dans un article où il rapporte les transformations auxquelles le droit des contrats était sujet. Cf. DEREUX Georges, « Étude des diverses conceptions actuelles du contrat », in R.C.L.J. 1901, p. 513 & 1902, p. 105 ; voir spécialement le premier article, p. 520 *sq.*

¹⁶⁸ DEREUX Georges, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, *op. cit.* (1905), p. 216-217.

¹⁶⁹ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Demoiselle CHAUVIN dite SYLVIAC* (C.E., 23 mars 1906) [1908], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 2 (1929), p. 294.

¹⁷⁰ DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.* (2012), p. 103-104.

implicitement motivé par le souci de renouveler la contemporanéité de la théorie des contrats en compliquant certains de ses aspects qui la rendent plus conforme aux évolutions économiques. Les travaux d'Ahmad MAHER sont éloquentes à cet égard. Il envisage les contrats d'adhésion comme une hypothèse extrême propre à corroborer la justesse de la thèse qu'il développe sur l'interprétation judiciaire des contrats¹⁷¹. S'il discerne dans ces contrats une partie proprement contractuelle et une autre qu'il assimile à « *une sorte de règlement général ayant la valeur des lois dites interprétatives* », cela n'a de sens que pour mieux isoler la volonté réelle des contractants, afin d'en assurer un respect plus scrupuleux. Le contrat *lato sensu* devra toujours être interprété – voire corrigé par la suppression de certaines de ses clauses – selon ce que les parties ont pu vouloir au travers des stipulations contractuelles proprement dites¹⁷². Au fond, la doctrine de cet auteur est orientée vers un syncrétisme qui ne se conçoit pas en dehors du modèle contractuel. Sa principale préoccupation reste toujours celle de consacrer l'autonomie de la volonté en en affinant la compréhension, c'est-à-dire en l'entourant de précautions qui en assurent la conservation plutôt que de la livrer à une conception outrancière qui en précipiterait le déclin.

Nous croyons qu'on peut trouver un système d'interprétation qui, sans heurter le véritable esprit du Code civil français, donne satisfaction à l'équité et à la justice, tout en ne sacrifiant pas la sécurité nécessaire des parties ou des tiers¹⁷³.

La thèse de Victor PICHON avance des conclusions similaires à celles de Georges DEREUX. La démarche doctrinale y est la même. Ainsi en rapportant la thèse anti-contractuelle à laquelle il se garde d'adhérer, il écrit :

Si l'on cherche à expliquer [les] décisions [judiciaires se rapportant aux contrats d'adhésion] par la doctrine classique, c'est-à-dire par l'application des articles 1134 et 1135 du Code civil, il faut nécessairement avoir recours à des fictions, supposer démontrée une volonté commune dont les faits démontreront l'inexistence. C'est donc que l'application des principes traditionnels est dans la pratique impossible pour les contrats d'adhésion. (...)

Ainsi est-on naturellement amené à conclure que les contrats d'adhésion n'ont de contrat que le nom¹⁷⁴.

Plus loin en développant les termes de la doctrine classique, il admet avec elle que les contrats d'adhésion présentent les mêmes caractères que les contrats ordinaires, par cela seul que sa conception de l'obligation ne lui permet pas de considérer l'acte

¹⁷¹ MAHER Ahmad, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, Montpellier, Imprimerie Firmin & Montane, 1913 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier ; présidée par CHARMONT, professeur de droit civil), p. 290 *sq.*

¹⁷² *Id.*, p. 296-297.

¹⁷³ *Id.*, p. 290.

¹⁷⁴ PICHON Victor, *Des contrats d'adhésion. – Leur interprétation et leur nature*, Lyon, Imprimerie de la « Revue judiciaire », 1912 (thèse de doctorat, faculté de Lyon ; présidée par JOSSERAND, professeur de droit civil), p. 189-190.

unilatéral. « *La théorie de l'acte unilatéral est formellement condamnée par le Code civil lui-même* »¹⁷⁵. Derrière l'impartialité du contradicteur qui présente les deux thèses antagonistes, chacune l'est de sorte à conduire naturellement à cette conclusion : les contrats d'adhésion n'étant rien d'autres que des contrats, la théorie des contrats doit être modifiée pour les assimiler, sans nier leur singularité mais en oblitérant leurs ferments subversifs.

Nous pensons qu'il faut considérer les contrats d'adhésion comme de *véritables contrats* ; mais nous demandons que leur interprétation et leur application, guidées toujours par les principes directeurs du Code civil, rejettent résolument les fictions dans lesquelles se complait l'école classique et fassent à l'équité et à la bonne foi et à l'ordre public la part nécessaire¹⁷⁶.

437. Ces travaux, qui sont sûrement les plus achevés, donnent à voir à quel usage doctrinal se prêtent les contrats d'adhésion sous la plume des civilistes. En 1912, ceux-ci sont d'autant plus pressants que les thèses anti-contractuelles – sous la plume de DUGUIT, puis celle d'HAURIOU – ont atteint un degré d'achèvement virtuellement menaçant pour les doctrines rétives à celle de la déclaration de volonté. Si bien que les contrats d'adhésion sont peu à peu devenus un enjeu doctrinal par où cette dernière met en péril la théorie des contrats.

Les partisans de la déclaration [de la volonté] entendent (...) faire application [de leur théorie] aux contrats d'adhésion. C'est même aux contrats d'adhésion qu'on doit en grande partie la naissance et les progrès de cette doctrine.

Sans elle, en effet, ses fondateurs affirment qu'un grand nombre de difficultés soulevées par les contrats d'adhésion demeureraient insolubles¹⁷⁷.

Le dernier exemple de cette littérature doctorale est celui de Georges FORTIER. Peut-être plus obscur que les précédents, cet auteur élude la nature des contrats d'adhésion en portant son attention sur l'office juridictionnel¹⁷⁸. En ne comptant pas sur l'interprétation judiciaire pour corriger les abus, il suggère de renforcer les pouvoirs de sanction du juge. Cependant, c'est du juge *des contrats* dont il s'agit. Le terme de sa démonstration implique pour son auteur de demeurer dans un cadre conceptuel emprunté au contrat. La convocation de ces auteurs, depuis DOLLAT (1905) jusqu'à MAHER (1913), ne tend pas à suggérer que tous auraient envisagé identiquement les contrats d'adhésion comme s'ils y avaient été déterminés par une cause mystérieuse – ou par conservatisme. Notre propos souligne une convergence qui fut intimement liée à la volonté de conserver la théorie des contrats tout en y apportant une amélioration qui la fit soustraire aux critiques les plus menaçantes. En s'évertuant à garder les contrats d'adhésion dans la théorie des contrats, ces auteurs s'exercèrent à

¹⁷⁵ *Id.*, p. 194.

¹⁷⁶ *Id.*, p. 196.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 188.

¹⁷⁸ Cf. FORTIER Georges, *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, Dijon, Imprimerie Darantière, 1909 (thèse de doctorat, faculté de Dijon ; présidée par GAUDEMET, professeur de droit civil).

la présenter sous un aspect qui en fit voir la souplesse et la capacité à accuser, absorber, réagir aux évolutions sociales ; bref à convaincre que cette théorie fût riche d'une contemporanéité renouvelée et renouvelable au gré des innovations générées par les pratiques contractuelles. Ces entreprises successives donnent à voir la fonction ontologique du contrat en dehors duquel les civilistes refusent de penser la théorie des obligations. Aucune d'entre elles n'envisage l'idée que ces contrats d'adhésion puissent être d'une nature spéciale qui vînt les distinguer des contrats ordinaires, comme appartenant à un genre différent de ceux-ci. L'unicité des contrats est trop précieuse au droit civil ; sa dissolution l'exposerait dangereusement. Plus encore que d'une ruine de la théorie des obligations, c'est de l'identité du droit civil dont il fut question. Cela affleure à peine dans tous ces travaux, et pourtant le contraste offert par la thèse – renommée¹⁷⁹ – d'Emmanuel GOUNOT nous en convainc.

- 438. Une analyse singulière des contrats d'adhésion employée à une critique radicale de la doctrine de l'autonomie de la volonté : la thèse de GOUNOT.** – Au premier abord, c'est à une démarche analogue que se livre Emmanuel GOUNOT. Il mobilise l'exemple des contrats d'adhésion pour interroger la pertinence du consensualisme dans la théorie des contrats.

Lorsque le monde réel se transforme, nos systèmes techniques, qui ne valent que dans la mesure où ils sont capables de s'ajuster à lui pour l'informer et l'orienter vers sa fin, ne peuvent rester perpétuellement fixes et immuables, sinon un jour vient où le désaccord entre la réalité et l'abstraction devenue fiction est tel que l'édifice juridique tout entier menace d'être emporté...¹⁸⁰

Pourtant, le cadre de sa démonstration est tout différent. Les auteurs précédents pour qui la doctrine de l'autonomie de la volonté se trouvait au fondement de la théorie des contrats, la confrontaient aux contrats d'adhésion pour en apprécier *in fine* la pertinence – sauf à en altérer les marges. Emmanuel GOUNOT quant à lui, mit en cause la doctrine de l'autonomie de la volonté. Les contrats d'adhésion – c'est-à-dire « ces prétendus contrats qui surpassent en importance sociale tous les autres »¹⁸¹ – ne furent qu'un prétexte pour en montrer les faiblesses irrécusables. Ils n'ont pas été conçus comme un cas problématique que leur assimilation à la théorie des contrats valoriserait. Au

¹⁷⁹ C'est surtout à son titre que cet auteur figure dans le *Dictionnaire historique des juristes français*. L'auteur de sa notice, le professeur HALPÉRIN, indique à son propos : « Emmanuel GOUNOT est surtout connu pour sa thèse qui reste une référence. Elle marque à la fois l'influence, tardive en France, de la théorie allemande de l'autonomie de la volonté, et son rejet au nom de principes de justice naturelle, en faisant appel à la tradition thomiste, à la théorie du but de JHERING et à l'enseignement de SALEILLES » (Paris, P.U.F., 2007 (1^{re} éd.), p. 379-380).

¹⁸⁰ GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912 (thèse de doctorat, faculté de Dijon ; présidée par GAUDEMET, professeur de droit civil), p. 13.

¹⁸¹ *Id.*, p. 14.

contraire, ils ont été mobilisés à une critique de la doctrine pourfendue. Nous n'affirmerions pas qu'Emmanuel GOUNOT fut conduit à se faire des contrats d'adhésion une opinion déterminée par sa problématique ; mais en engageant de front la doctrine de l'autonomie de volonté au lieu de l'éclairer sous un angle particulier, sa latitude fut plus grande et sa démarche subversive l'inclina à s'en faire une idée foncièrement différente de celle de ses prédécesseurs. Cette conception qui admet sans ambages la nature partiellement réglementaire de ces contrats, aiguise la critique faite à l'encontre de cette doctrine¹⁸².

Dans tout contrat d'adhésion, il y a : 1° un contrat proprement dit, parfaitement identique aux contrats ordinaires ; 2° une réglementation par volonté unilatérale de la situation juridique née de ce contrat (clauses imprimées des polices, règlements d'atelier, règlements des chemins de fer, etc.)¹⁸³.

En affirmant qu'« *au fond, le contrat d'adhésion [lui semble être] un mélange hybride de statut et de contrat* »¹⁸⁴, il mobilise la théorie de l'institution consacrée par Maurice HAURIOU depuis quelques années (1906-1907). Ainsi notre auteur estime-t-il que lorsque le juge est saisi en appréciation de la validité de stipulations contractuelles :

La véritable question n'est pas tant de savoir si elles ont été individuellement voulues d'une volonté contractuelle, que si elles sont conformes à l'intérêt général de l'institution et si elles ne sont entachées d'aucun excès de pouvoir¹⁸⁵.

Le contrat d'adhésion aide Emmanuel GOUNOT à dénoncer l'artificialité d'une doctrine – celle de l'autonomie de la volonté – qui nie les solidarités organiques résultant des communautés *objectivement* réelles, quoique juridiquement ignorées. « *Les membres d'une même profession se trouvent, de par la nature des choses et indépendamment de tout contrat, en état de société naturelle* »¹⁸⁶.

439. Du contrat d'adhésion, il emprunte comme exemple celui des relations de travail – lequel contribue *in fine* à viser les faillites de cette doctrine :

En voulant ignorer, sous l'influence du dogme de l'autonomie, ces solidarités naturelles, en abandonnant les rapports professionnels au libre contrat individuel, le droit s'insurge contre les faits et faillit à sa mission. Les

¹⁸² Nous noterons au passage qu'Ahmad MAHER ne se fait pas des contrats d'adhésion une idée très différente. D'ailleurs il cite la thèse d'Emmanuel GOUNOT dont il reprend l'analyse du contrat d'adhésion. Seulement, le souci qu'il manifeste de conserver à la doctrine de l'autonomie de la volonté toute sa pertinence, l'incline à soumettre les clauses réglementaires des contrats d'adhésion à une interprétation qui fût conforme avec le sens des clauses auxquelles l'adhérent a explicitement consenti (*De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, op. cit. (1913), p. 296-297).

¹⁸³ GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé...*, op. cit. (1912), p. 229.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 303. Cette citation se poursuit ainsi : « *Ses clauses, souvent si nombreuses, ne sont que pour partie la réglementation d'un contrat individuel ; elles constituent pour le surplus la charte d'une situation institutionnelle, dans laquelle la situation contractuelle tend de plus en plus à s'absorber* ».

¹⁸⁵ *Id.*, p. 306.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 312.

désordres sociaux, l'anarchie, les violences sont l'inévitable revanche des réalités inconnues¹⁸⁷.

À l'esquisse d'un modèle sociologique, il articule une théorie juridique en accord avec les faits tels qu'il se les représente. La doctrine de l'autonomie de la volonté est montrée comme inapte à révéler des solidarités *naturelles* dont la négation cantonne le Droit dans un refuge isolé de la *réalité*.

Notre but essentiel, le seul qu'il nous importait d'atteindre, était de dévoiler la foncière insuffisance des conceptions juridiques inspirées par le dogme de l'autonomie, d'établir qu'en tout ramenant au contrat, en réduisant le droit à un ensemble de rapports libres de volontés, les doctrines classiques ont systématiquement méconnu d'importants éléments de la réalité sociale, qui doivent désormais trouver place dans le droit¹⁸⁸.

Notre propos n'ambitionne pas d'épuiser la doctrine d'Emmanuel GOUNOT, qui en se revendiquant de celle de Maurice HAURIOU participe du catholicisme social¹⁸⁹ ; mais plutôt d'apprécier l'écart qui le sépare des civilistes classiques. Ceux-ci se sont essayés à légitimer le fondement de la théorie des contrats, tout en en réévaluant la portée. Les contrats d'adhésion furent employés à démontrer sa ductilité, en rapportant en son sein des contrats singuliers. Emmanuel GOUNOT, au contraire, les mobilisa pour viser une réalité sociale inédite à laquelle le Droit dût s'adapter plutôt que de distordre les faits, les nier ou les ignorer. L'acception qu'il donne du contrat d'adhésion n'est pas si éloignée de celle de certains civilistes – tel Ahmad MAHER. Nonobstant, leurs démarches respectives sont radicalement divergentes, les uns s'attachant à défendre une théorie critiquée en en faisant évoluer les termes, celui-là à ouvrir le Droit à une nouvelle appréhension des faits sociaux. Ainsi donc, ce n'est pas tant les définitions données aux contrats d'adhésion qu'il faut considérer, que l'emploi doctrinal auquel ils sont affectés. À cet égard, deux trajectoires se dessinent : l'une renvoyant au contrat comme figure identitaire du droit civil, l'autre dépassant le contrat pour entrevoir des régularités qui transcendent la *summa divisio* droit public, droit privé.

440. Du contrat à la loi, du droit privé au droit public. – D'une manière souvent voilée, parfois plus explicite, les civilistes s'attachent à défendre une théorie des obligations étayée sur la théorie des contrats et reçue comme un héritage doctrinal d'autant plus précieux que certaines évolutions juridiques ont fait craindre à une dissolution du droit privé. En faisant remarquer que « *lorsque la loi parle de la liberté des*

¹⁸⁷ *Id.*, p. 312-313.

¹⁸⁸ *Id.*, p. 316-317.

¹⁸⁹ Cf. une analyse critique (à laquelle nous n'adhérerons pas sans réserves) par laquelle le professeur CHÉNÉDÉ apprécie la postérité de la thèse d'Emmanuel GOUNOT : « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative : du mythe à la réalité » (*in Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2012, p. 155).

conventions, c'est généralement pour la restreindre»¹⁹⁰, Jean CRUET¹⁹¹ signale ce paradoxe d'après lequel la loi s'immisce dans les rapports contractuels en proportion de leur développement. « *Les rapports privés sont de nos jours soumis à une réglementation surabondante* »¹⁹². De son propre avis, si les lois sur les contrats étaient seulement en laissant aux parties la liberté d'en écarter celles des dispositions gênantes, « *le Code, en un mot, serait le cahier permanent des clauses et conditions générales de la vie contractuelle* »¹⁹³. Toutefois en constatant que les lois impératives sont de plus en plus nombreuses, il se désespère d'un interventionnisme législatif dont la pratique montrait qu'il pouvait être contourné par des pratiques insidieuses.

Le législateur ne doit pas ignorer que la pratique extrajudiciaire, est, elle aussi, « une force impulsive du droit », et possède à l'égard des lois qui ne sont pas dans le courant des moyens un pouvoir de déviation¹⁹⁴.

Dans une démarche proche de celle de François GÉNY, ces propos sont une critique de la Loi et des dogmes artificiels qui en sont l'étai¹⁹⁵. Ce faisant, nous trouvons sous sa plume le témoignage vibrant d'une réaction à ce que d'aucuns nommèrent – dans l'Entre-deux-guerres – la « publicisation des contrats ». En 1908, Jean CRUET discerne un fait souvent remarqué – et tout aussi souvent regretté : l'intrusion croissante de l'État dans l'activité contractuelle des particuliers. Il le déplore en considération du mépris auquel la Loi se prête, face à l'ingéniosité des praticiens à trouver des subterfuges. D'autres se manifestèrent comme troublés par un droit privé par trop dirigé à force d'être investi par la Loi, cela au lieu d'être le sanctuaire de la liberté individuelle. Ces deux aspects intimement liés illustrent en quoi les réflexions critiques afférentes aux contrats touchèrent concomitamment à la Loi – comme les deux visages de JANUS. Ce faisant, elles ne laissent pas de s'interroger sur la Loi ou sinon de mobiliser – parfois tacitement – une certaine idée de celle-ci, profondément liée aux définitions respectives données au droit privé et droit public. Dit autrement, ces questions ne furent pas librement engagées, comme si le fait même de les poser n'entraînait pas une somme de répercussions sur la conception du Droit (c'est le

¹⁹⁰ CRUET Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908, p. 158.

¹⁹¹ De brèves recherches ne nous ont pas permis de trouver quelques informations biographiques sur cet auteur. Il soutint en 1906 deux thèses devant la faculté de Paris : *Syndicat personne morale. Étude de jurisprudence* ; et *Étude juridique de l'arbitraire gouvernemental et administratif : des cas où l'activité gouvernementale et administrative n'est pas tenue, sous des sanctions efficaces, de respecter les droits individuels et la légalité*. La seconde est particulièrement intéressante pour la manière dont certaines problématiques contemporaines du droit administratif y sont envisagées. S'étant engagé dans la profession d'avocat, c'est à raison d'un essai doctrinal qu'il est avant tout connu : *La vie du droit et l'impuissance des lois* (1908). Tout récemment, le professeur AUDREN a consacré un article à cet auteur méconnu : « Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois* » (*in R.T.D. civ.* 2013, p. 917).

¹⁹² CRUET Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, *op. cit.* (1908), p. 158.

¹⁹³ *Id.*, p. 161.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 166.

¹⁹⁵ Cf. par exemple une opinion similaire sous la plume de Joseph CHARMONT : « Sources du droit positif à l'époque actuelle » (*in Revue de métaphysique et de morale* 1906, p. 127 *sq.*).

souci de Jean CRUET) ou bien sur la définition des droits privé et public. C'est de cela que nous souhaiterons nous intéresser.

441. Le contrat comme figure emblématique et tutélaire du droit privé, face à l'influence délétère et redoutée du droit public. – Les civilistes orthodoxes – ceux attachés à une acception de la doctrine de l'autonomie de la volonté plus ou moins intransigeante – furent assez rétifs aux évolutions sociales qui pouvaient contrarier cette doctrine. À travers leur attachement à un individualisme libéral, nous discernons entre plusieurs une raison qui intéresse particulièrement notre propos : la partition académique et la définition doctrinale des droits privé et public. Nombre des critiques faites à la doctrine de l'autonomie de la volonté furent comprises comme un débordement subversif du droit public sur le droit privé. L'intervention croissante de la Loi – c'est-à-dire d'une loi comme synonyme de réglementation – fut souvent interprétée comme le vecteur d'une dénaturation du droit privé¹⁹⁶. Rares sont les civilistes qui ont accusé ces mutations latentes charriées par la pratique, tel René DEMOGUE : « *L'antithèse entre la loi et le contrat cesse de nos jours d'être telle, elle devient une simple différence qui a son importance, mais qu'il ne faut pas exagérer* »¹⁹⁷. De ce point de vue, les concessions de service public lui sont apparues comme « *de véritables règlements résultant d'un contrat* »¹⁹⁸. Cet auteur s'est particulièrement attaché à dénoncer cette caricature confrontant la loi au contrat, comme l'emprise de la force sur les droits naturels de l'individu ; derrière quoi le droit public se laisse entendre comme prédateur du droit privé.

Nous avons plutôt été amené à ne pas placer l'individu dans une forteresse de droits absolus qui forment autour de lui comme un solide réseau de défense et une protection impénétrable, du moins en apparence, contre les entreprises des autres hommes et spécialement de cette coalition puissante, parce que étendue et durable, que l'on appelle l'État. (...) C'est une erreur de croire que la loi, source d'obligations générales et impersonnelles, soit nécessairement l'œuvre de l'État ou des autorités étatiques qui ont reçu un pouvoir réglementaire¹⁹⁹.

Les efforts de certains qui rapprochèrent les contrats d'adhésion de la théorie des

¹⁹⁶ Henri CAPITANT exprime clairement cette conception par laquelle la Loi organise – dans le droit privé – les conditions d'exercice de la liberté, tandis qu'elle se réduit – dans le droit public – à des prescriptions discrétionnaires et évolutives. Ainsi écrit-il à la charnière du XIX^e siècle que : « *Les lois du droit privé présentent un caractère particulier qui les distingue des lois du droit public et paraît, au premier abord, détruire l'élément impératif qui se rencontre dans toute loi. (...) Pourquoi les lois d'ordre privé présentent ce caractère particulier qui ne se rencontre jamais dans le droit public ? La raison est facile à donner. Le droit privé est établi en faveur des particuliers, afin de déterminer la mesure dans laquelle la liberté de chacun peut s'exercer vis-à-vis d'autrui, en ce qui concerne les rapports de patrimoine ou de famille* » (*Introduction à l'étude du droit civil. – Notions générales*, Paris, Pedone, 1898 (1^{re} éd.), p. 20-21). Il développa encore ces propos dans les éditions ultérieures de cet ouvrage.

¹⁹⁷ DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911, p. 573.

¹⁹⁸ *Id.*, p. 578.

¹⁹⁹ *Id.*, p. 567.

contrats participent de ce sentiment. En prévenant les réticences d'aucuns à voir la *summa divisio* s'oblitérer, Emmanuel GOUNOT anticipa certaines critiques en ce sens :

Si (...) on objecte [que la théorie de l'institution] tend à abaisser les barrières entre le droit public et le droit privé, nous dirons qu'il y a beau temps qu'on a signalé l'absence de caractères irréductibles et de limites précises entre ces deux branches du droit ; et qu'à supposer d'ailleurs qu'en réintégrant l'institution à côté du contrat, le mouvement juridique contemporain doive avoir pour résultat de hâter les transformations du droit public et de ruiner de plus en plus la vieille notion romaine, césarienne et jacobine de l'État seul puissant et donc tout-puissant, c'est pas nous qui nous en plaindrons²⁰⁰.

Plus loin dans ses développements, il insiste sur cette idée dont l'importance nous oblige à sacrifier à une longue citation. L'atténuation des distinctions entre le droit privé et le droit public lui paraît annoncer le renouvellement des concepts juridiques avec l'épanouissement de nouveaux modèles sociaux. Le droit privé emblématisé par le contrat lui paraît décliner face au développement du droit public dont le principal véhicule reste l'acte unilatéral.

Il est de toute évidence que, depuis un siècle surtout, le droit constitutionnel et le droit administratif, qui n'ont assurément à peu près rien de contractuel, se sont accrus dans des proportions vraiment étonnantes, pour ne pas dire fort inquiétantes. (...) Ne voit-on pas que (...) l'appareil juridique coordinateur tous les jours se renforce et se complique, et que sans cesse se multiplient dans la vie des individus les points d'insertion de l'action régulatrice du droit ? (...) Bien loin de s'être traduit juridiquement par une diminution du droit coactif et par l'exaltation de l'autonomie individuelle, le progrès social du dernier siècle a eu pour principal résultat de resserrer les liens collectifs et d'accroître la discipline étatique. À plus de civilisation, à plus de vie, il a fallu plus de règles²⁰¹.

Ce n'est pas dire qu'aucun civiliste n'appelât à l'intervention du législateur pour contenir les abus entretenus par les contrats d'adhésion – ainsi Jacques DOLLAT. Cependant il est question d'autre chose lorsque Georges DEREUX s'exclame :

La puissance publique seule a le droit d'édicter des règles qui s'imposent aux tiers sans leur assentiment ; méconnaissant ce principe primordial de nos institutions, la doctrine [de Maurice HAURIOU] aboutit à donner le pouvoir réglementaire aux simples particuliers. (...) Donner la puissance publique à tout le monde, n'est-ce pas la détruire ?²⁰²

442. Les doctrines publicistes du contrat d'adhésion, qui préfèrent l'analyser comme la juxtaposition de deux volontés unilatérales, ont jeté un trouble profond en plaçant la protection de l'individu ailleurs que dans l'échange des consentements – c'est-à-dire dans la liberté de ne pas contracter. Georges DEREUX qui pourtant est sensible à l'idée de ployer la liberté individuelle sous des contraintes inspirées de l'équité et de

²⁰⁰ GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé...*, *op. cit.* (1912), p. 298-299.

²⁰¹ *Id.*, p. 419-420.

²⁰² DEREUX Georges, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », *in R.T.D. civ.* 1910, p. 510-511.

l'ordre social²⁰³, ne voit pas de salut pour l'individu en dehors du droit civil. Celui-ci est l'égide dont les particuliers se couvrent face aux puissances institutionnelles qui leur commandent par voie unilatérale – car les actes d'autorité sont toujours emprunts d'un caractère discrétionnaire et irréductible aux principes du droit civil.

Si [la théorie anti-contractuelle] aboutissait jamais à un résultat pratique, ce serait d'attribuer un effet juridique à la volonté unilatérale des grandes administrations publiques et privées, de leur donner un véritable pouvoir réglementaire ; comme si les simples particuliers n'étaient pas déjà bien faibles en face d'elles ! Entre un bureaucrate et un autre homme, la lutte n'est généralement pas égale, et l'on voudrait en quelque sorte affirmer officiellement et sanctionner cette inégalité !²⁰⁴

Nous discernons dans cette critique l'incrédulité du civiliste à l'endroit de la puissance publique ; les préjugés dont il affecte le droit administratif lui fait voir sa nature coercitive et négatrice de l'individu, au lieu d'imaginer les précautions qui pourraient s'emprunter de l'un vers l'autre droit. C'est précisément ce vers quoi tend Emmanuel GOUNOT en préconisant d'emprunter au droit administratif le recours dont les administrés disposent à l'encontre des actes de puissance publique – le recours pour excès de pouvoir.

Ne soyons pas dupe des apparences et n'allons pas croire la théorie contractuelle plus protectrice de l'ouvrier. (...)

Tout danger d'abus est au contraire écarté dans la théorie réglementaire. Si le patron n'agit pas en simple contractant, mais en chef reconnu d'une institution sociale, l'autorité qu'il détient, comme toute autorité, est une mission, une charge, une fonction. Il ne la possède pas dans son intérêt personnel exclusif, mais dans l'intérêt général de l'institution ; cet intérêt en est à la fois la raison d'être et la limite. (...) L'application – *mutatis mutandis* – de la théorie administrative de l'annulation pour excès de pouvoir semble s'imposer ici tout naturellement²⁰⁵.

443. Eugène GAUDEMET – sous la direction duquel Emmanuel GOUNOT entreprit sa thèse de doctorat – lui emprunta vraisemblablement cette idée en la consacrant dans sa *Théorie générale des obligations*, publiée plus tard dans l'Entre-deux-guerres²⁰⁶. Entre temps, un civiliste acquis à des idées analogues fit la même suggestion²⁰⁷. Du reste,

²⁰³ Cf. DEREUX Georges, « Étude des diverses conceptions actuelles du contrat », in *R.C.L.J.* 1901, p. 513 & 1902, p. 105.

²⁰⁴ DEREUX Georges, « De la nature juridique des “contrats d'adhésion” », in *R.T.D. civ.* 1910, p. 512.

²⁰⁵ GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé...*, op. cit. (1912), p. 299-300.

²⁰⁶ « Dans le contrat d'adhésion on distingue deux éléments, l'un contractuel, à régler par la théorie des contrats, l'autre non contractuel, qui se présente comme le règlement d'une institution, auquel on se soumet en adhérant à l'institution. (...) La force obligatoire du contrat s'explique par l'accord des volontés. Mais la force obligatoire du règlement est indépendante de cet accord. Elle repose sur l'autorité du chef de l'institution, qui en a établi le règlement. (...) Elle s'impose même si la clause n'avait pas été connue, le tribunal ayant toutefois à apprécier si la clause était utile et non pas purement vexatoire (Cf., en droit administratif, la théorie de l'excès de pouvoir dans les actes d'autorité). Si la clause n'est pas utile au but de l'institution, elle constitue un excès de pouvoir du chef de l'institution et ne sera pas obligatoire, même si elle avait été connue. Au cas contraire, elle est obligatoire, même si elle est restée inconnue de l'adhérent » (GAUDEMET Eugène, *Théorie générale des obligations*, op. cit. (1937), p. 55).

²⁰⁷ Nous pensons au civiliste montpelliérain, Gaston MORIN, qui se signala dans les années 1920 comme

Georges DEREUX se rejette dans le droit privé en refusant toute compénétration avec le droit public. Aux critiques que Maurice HAURIOU fit à sa thèse de doctorat²⁰⁸, il lui répond quelques années plus tard qu'elles sont tout simplement inopérantes :

C'est purement et simplement une *question de droit privé*. Notre théorie a exclusivement pour but de résoudre des litiges *entre administrations privées et simples particuliers*, et nous laissons entièrement de côté la question des rapports entre les simples particuliers et les administrations publiques. Si l'on estime qu'il y ait dans le droit administratif des actes (...) auxquels les règles du droit privé soient applicables, on devra naturellement les soumettre, comme les actes privés, aux règles que nous allons exposer. Mais, quant à nous, nous n'entendons aucunement préjuger la grave question de savoir dans quelle mesure les principes du droit privé peuvent ainsi pénétrer dans le droit administratif ; c'est là une question (...) que nous abandonnons aux lumières des spécialistes du droit administratif²⁰⁹.

Cet extrait dénote la rigidité de cet auteur pour qui les concepts publicistes paraissent inconciliables avec un droit privé qui ne saurait les recevoir sans craindre en retour une dénaturation. Modestement, il se justifie de proposer une théorie qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux actes privés²¹⁰. Il ne veut dire que ceci au fond : les principes qui l'étaient sont caractéristiques du droit civil, si bien qu'ils ne sauraient s'inspirer du droit public à l'esprit duquel ils demeurent étrangers. Sans le médire – Georges DEREUX se garde contre l'impérialisme d'une théorie dont la portée transcende la *summa divisio* ; dont les ressorts doctrinaux lui sont inintelligibles ; et dont, enfin, l'esprit contrevient à l'essence consensuelle du droit civil. Il n'est pas seulement question d'une réponse à son contradicteur, Maurice HAURIOU. Il emblématise – et d'autres avec lui à la même époque – le droit civil par le biais du contrat. Ce faisant, il charge le contrat d'une valeur dont il immobilise l'usage au seul profit du droit privé.

444. L'exacerbation de la *summa divisio* à travers les débats sur le contrat de travail. – Les débats qui touchèrent au contrat de travail dans les années 1900 furent l'occasion d'explicitier cette appréhension de la *summa divisio*, somme toute dépréciative du droit public. En présence d'une législation du travail prolifique – ou

un contempteur intransigeant de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Dans un article publié pendant la Grande Guerre, il développe déjà cette idée faite d'un emprunt au contentieux administratif. « Avec notre manière de voir, les clauses de l'opération [procédant d'un contrat d'adhésion] constituent un règlement imposé d'autorité au public. Pour le cas où le règlement émane de l'administration, d'un service public, le Conseil d'État a élaboré ici une Théorie du détournement de pouvoir, en vertu de laquelle il se reconnaît le droit de contrôler les actes de l'administration, autrefois considérés comme discrétionnaires. À notre sens, les mêmes pouvoirs de contrôle doivent être accordés à la jurisprudence civile à l'égard des règlements privés » (« L'individualisme de la Révolution française et du code civil et la structure nouvelle de la vie économique. À propos de l'ouvrage de M. DEMOGUE : *Les notions fondamentales du Droit privé* », in *Revue de métaphysique et de morale* 1917, p. 563).

²⁰⁸ Cf. HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Demoiselle CHAUVIN dite SYLVIAC* (C.E., 23 mars 1906) [1908], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 2 (1929), p. 286, spéc. p. 294.

²⁰⁹ DEREUX Georges, « De la nature juridique des "contrats d'adhésion" », in *R.T.D. civ.* 1910, p. 527.

²¹⁰ *Id.*, p. 539.

vue comme telle –, il fut malaisé de ramener purement et simplement le contrat de travail à un contrat ordinaire. Devant la Société d'études législatives, le professeur parisien PERREAU²¹¹ estimait que le contrat de travail devait faire l'objet d'« une double législation », chacune étant estampillée d'un caractère propre.

D'une part, une législation civile dans laquelle on inscrirait les principes généraux, ce qui est stable, ce qui demeure ; d'autre part une législation spéciale qui contiendrait les dispositions d'ordre réglementaire, ce qui se transforme, ce qui change²¹².

Discutant peu après de l'essence du droit du travail, il affirmait dans le même sens :

Il y a là (...) une législation trop neuve, trop instable, trop peu mûrie encore et trop changeante par sa nature même, pour pouvoir utilement trouver place dans un recueil législatif [sous-entendu dans le code civil] dont la caractéristique est la permanence et la stabilité des principes qu'il consacre.

Une raison s'oppose enfin à ce que le droit du travail soit au Code civil, c'est que, par la force même des choses et de plus en plus, à mesure que s'affirme davantage le principe d'intervention des pouvoirs publics dans les rapports du capital et du travail, la législation relative au travail touche au droit public²¹³.

Le droit public n'est pour ce professeur qu'un droit mouvant, puisque essentiellement constitué de règlements dont la destination même ne leur donne pas vocation à durer.

S'il était question de placer au Code civil toute la réglementation du travail, toute la police de l'industrie, la législation syndicale, celle du règlement d'atelier, celle de la grève et de l'arbitrage, celle de la prévoyance sociale, (...) il serait vrai de dire que le Code civil serait submergé sous cette avalanche de dispositions nouvelles, qu'il perdrait les caractères de législation générale, permanente et stable, qui le distinguent, et qu'il cesserait d'être l'ensemble du droit privé pour devenir un Code de droit public²¹⁴.

Le préjugé qui affecte le droit administratif comme un droit de détails et d'accumulation, inconstant et autoritaire, irréductible à quelques principes immarcescibles ; comme d'un droit non-codifié puisque non-codifiable, semble avoir été partagé par beaucoup – y compris des administrativistes²¹⁵. L'opinion des

²¹¹ Il s'agit de Camille PERREAU (1866-1952), député entre 1898 et 1902 avant d'être professeur à la faculté de Paris (1902) en économie politique. À ne pas confondre avec son homonyme, Ernest-Hippolyte PERREAU (1870-1943), professeur de droit civil à la faculté de Toulouse.

²¹² PERREAU Camille, Rapport présenté devant la Société d'études législatives lors de la séance du 30 novembre 1905 à propos du contrat de travail, in *Bulletin de la Société d'études législatives* 1906, p. 75.

²¹³ PERREAU Camille, Rapport présenté devant section nationale française, de l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs lors de la séance du 12 décembre 1907, in [collectif], *Le contrat de travail et le code civil. – Examen des textes que la Commission du travail de la Chambre des députés propose d'introduire au Code civil. – Rapports de M. PERREAU et M. GROUSSIER. – Compte-rendu des discussions. – Vœux adoptés*, Paris, Alcan, 1908, p. 5.

²¹⁴ *Id.*, p. 7.

²¹⁵ C'est le cas – entre autres exemples – de Henry BERTHÉLEMY selon qui l'absence – l'impossibilité ? – d'une codification a eu au moins l'avantage de prémunir la doctrine administrative de la méthode exégétique. « C'est pour s'en être pas aperçus que des maîtres [du droit administratif du XIX^e siècle], cependant

privatistes à l'endroit du contrat de travail en fut imprégnée, si bien qu'en s'interrogeant à son propos, il fut surtout question de son assimilation par le droit des obligations – c'est-à-dire de son anoblissement en devenir. C'est en ce sens que s'exprime le commercialiste THALLER :

Par bien des côtés, [le contrat de travail] touche au droit public. Il n'est guère d'institutions, dans les rapports des employeurs et des salariés, qui n'aient été l'occasion d'une réglementation administrative. (...) Comment une semblable réglementation pourrait-elle, à raison de son abondance même et de son caractère essentiellement changeant, trouver place au Code civil ? Elle en déborderait (...) nécessairement le cadre²¹⁶.

Le commercialiste Charles LYON-Caen – également professeur à la faculté de Paris – défend une opinion identique :

En ce qui concerne les rapports entre les ouvriers et les patrons, il y a des règles qui relèvent du droit public ou du droit industriel, qui ne peuvent pas avoir leur place dans le Code civil et qu'il convient d'autant moins d'y insérer que, comme M. PERREAU l'a fait très bien remarquer, ces règles sont destinées à être l'objet de changements fréquents, et puis, il y a des règles de pur droit privé qui seront bien placées dans le Code civil le jour assez lointain sans doute où ce Code sera refait²¹⁷.

C'est cette opposition que Gaston MORIN critiqua dans les années 1920 en vue d'esquisser un collectif consacrant les solidarités *réelles* au lieu de conserver des dogmes *irrélés*. Il souligna précisément les répercussions produites par l'éclatement du concept classique du contrat dans la manière d'appréhender du droit public. C'est-à-dire d'un droit public conçu autour de la norme unilatérale, souveraine et étatique²¹⁸.

445. À travers ces difficultés à situer le contrat de travail, se dessina une partition doctrinale où le contrat apparaît comme une figure essentialisée du droit privé, par un contraste délibéré avec un droit public rapporté au modèle de l'acte unilatéral, autoritaire et éphémère. Cela explique la marginalisation du contrat de travail, situé aux confins du droit privé. En ce sens, nous nous associons à ces propos :

Législation industrielle, lois ouvrières, droit ouvrier puis droit du travail, le droit social affirme une autonomie qui se construit très à la marge du droit

érudits, n'ont donné sur le droit administratif qu'un enseignement sans vie et sans intérêt » (« La méthode applicable à l'étude du droit administratif », in [collectif], *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard & Brière, 1911, p. 69-70).

²¹⁶ THALLER Edmond-Eugène, Allocution prononcée devant la Société d'études législatives lors de la séance du 30 novembre 1905 à propos du contrat de travail, in *Bulletin de la Société d'études législatives* 1906, p. 74.

²¹⁷ LYON-CAEN Charles, Allocution prononcée devant la Société d'études législatives lors de la séance du 24 janvier 1906 à propos du contrat de travail, in *Bulletin de la Société d'études législatives* 1906, p. 162.

²¹⁸ Cf. de Gaston MORIN : *La révolte des faits contre le code* (1925 & *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté* (1927). Et dans le même sens une thèse entreprise sous sa direction par Jean TAUTELLE : *De l'influence de la législation du travail sur les transformations et l'évolution du droit* (1927).

privé, dans la mesure où il n'est pas perçu comme étant un droit du contrat de travail²¹⁹.

... ailleurs développés dans les mêmes termes :

L'émergence d'un droit social, perçu comme un champ disciplinaire autonome, participe lui aussi d'un cantonnement de la question sociale. Le droit social comme discipline permet d'éviter que le droit civil ne devienne social ou socialiste. (...) Le caractère innovant de la méthode et de la pensée des auteurs néo-classiques ne fait pas d'eux des révolutionnaires et ils participent à leur manière à la sauvegarde d'un droit essentiellement bourgeois dans sa philosophie²²⁰.

L'attitude ambivalente de la doctrine privatiste vis-à-vis du contrat de travail nous montre son refus d'envisager le contrat autrement qu'à l'aune du consensualisme, pour rejeter au dehors du droit civil tous les aspects qui y demeurent hétérogènes. Du reste, il est peu surprenant d'observer dans le premier XX^e siècle un « droit du travail » – pour le désigner suivant notre langue – se constituer peu à peu en discipline académique autonome²²¹. Encore faut-il ajouter que les privatistes ne furent pas seuls à adopter cette conception doctrinale. L'administrativiste BERTHÉLEMY se récria aussi contre l'idée que le contrat de travail puisse accuser un caractère inégalitaire. Cela lui paraît une idée dissolvante du concept même de contrat : « *Si nous entrons dans cette voie, je vous ferai remarquer que nous ne pourrons jamais rencontrer l'équilibre que vous rêvez* »²²² ! Il écarte la locution de contrat d'adhésion comme un cheval de Troie par trop susceptible d'introduire l'interventionnisme étatique jusque dans le sanctuaire de la vie privée, figurée par le contrat²²³. Il n'adopte pas une démarche différente en discutant l'idée de « *contrat de puissance publique* ». À ce propos, il signale cette idée d'après quoi le contrat est un concept du droit privé, tout à fait inapproprié au droit administratif. L'administration use effectivement de contrats,

²¹⁹ BONNARD-PLANCKE Laëticia & VERKINDT Pierre-Yves, « La réception de la “question sociale” par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle », in LE CROM Jean-Pierre (dir.), *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 27.

²²⁰ JAMIN Christophe & VERKINDT Pierre-Yves, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX^e siècle », in KASIRER Nicholas (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 116.

²²¹ Sur ce sujet, voir – outre les références précitées – les contributions des professeurs : Francis HORDERN (« De la législation industrielle au droit du travail (1890-1960) », in *Cahiers de l'institut régional du travail d'Aix-en-Provence* 2001, n° 9, p. 43) ; Farid LEKEAL (« Les origines de l'enseignement de la législation industrielle : enjeux et qualification d'un nouveau champ d'études », *id.*, p. 21) ; et Mathieu TOUZEIL-DIVINA (« D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier... au droit du travail », in TOUZEIL-DIVINA Mathieu & SWEENEY Morgan (dir.), *Droits du travail & des fonctions publiques : unité(s) du Droit ? Influences, convergences, harmonisations*, Le Mans, Éditions l'Épilogue, 2012, p. 9).

²²² BERTHÉLEMY Henry, Allocution prononcée devant la Société d'études législatives, lors de la séance du 24 janvier 1906 consacrée à la « question du contrat de travail », in *Bulletin de la Société d'études législatives* 1906, p. 155.

²²³ « *Cela vous choque particulièrement dans le contrat de travail, parce que c'est le contrat des humbles, des petits, et que vous vous intéressez justement au sort des humbles ; mais cela vous choquera demain dans le contrat de transport, dans le contrat d'assurance, cela vous choquera partout, et vous serez tentés de substituer à la libre volonté des individus l'intervention légale et le tarif légal* » (*id.*, p. 155-156).

mais en se soumettant dans toutes ces hypothèses au droit privé.

L'expression « contrat de puissance publique » me paraît contenir en soi une contradiction qui en détruit le sens à moins qu'on ne veuille la réduire à cette conception : contrat passé dans l'intérêt général. Alors, tous les contrats que fait l'administration remplissant cette condition, il ne sera plus jamais question, pour celle-ci, de faire des actes contractuels pareils aux actes privés ; or c'est là une proposition à laquelle personne ne voudrait souscrire²²⁴.

446. La quête d'une légitimité du droit administratif en dehors du contrat, référent privatiste. – Pour saisir à quel point le contrat est pour nombre de juristes la « chose » du droit privé à l'identité duquel il participe, il faut se représenter les préjugés dont le droit administratif est grevé dans l'esprit des privatistes. En entreprenant une comparaison entre les jurisprudences civile et administrative, Joseph CHARMONT – professeur de droit civil à la faculté de Montpellier – écrit à cet égard :

Il ne faut pas croire cependant qu'à tous égards le droit administratif soit devenu un véritable droit : quand on considère ce qu'il était et ce qu'il est, on est tenté de se faire illusion. On voit les progrès accomplis : on oublie les prérogatives que la puissance publique entend se réserver²²⁵.

Alors que le positivisme juridique n'a pas encore habitué à cette idée que la règle de droit fût déterminée par les conditions de sa validité, le droit administratif apparaît aux privatistes comme un ensemble de normes unilatérales, c'est-à-dire prises à la discrétion de l'administration. « *Le droit administratif (...) n'est pas codifié* »²²⁶. Autrement dit, il n'est pas décliné en principes rationnels qu'une codification eût consacrés. Aussi se prête-t-il « *mal à des essais de systématisation* »²²⁷. Cette asymétrie entre l'administré et l'administration repousse le droit administratif dans les confins d'un droit indécis, incertain, indéfinissable. C'est-à-dire un droit partiellement consacré et qui ne saurait jamais l'être pleinement : le Droit est essentiellement ce qui se rapporte à l'individu en accompagnant l'épanouissement de ses facultés. Le droit administratif qui impose unilatéralement et discrétionnairement des obligations est naturellement frappé d'un vice originel.

[Les] tempéraments [apportés par la jurisprudence administrative] ne suppriment pas les dangers de ces prérogatives, qui sont comme la consécration légale d'une différence de fait. Et c'est là qu'est la véritable infériorité de la justice administrative : elle n'établit pas d'égalité entre les deux parties²²⁸.

Ailleurs notre auteur insiste : l'idée d'une juridiction administrative statuant comme

²²⁴ BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1900-1901 (1^{re} éd.), p. 56.

²²⁵ CHARMONT Joseph, « Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile », in *R.T.D. civ.* 1906, p. 839.

²²⁶ *Id.*, p. 813

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Id.*, p. 842.

une juridiction d'équité « *ne peut (...) qu'affaiblir le sentiment du droit* »²²⁹. Ce sentiment dont il s'agit désigne un droit incarné par le contrat qui, plus qu'aucun autre concept, emblématise une justice commutative qui seule recouvre l'idée du Droit. Le droit administratif est trop affecté d'un préjugé bureaucratique pour revêtir aux yeux des privatistes un caractère proprement juridique. François GÉNY l'illustre très bien en argumentant de la supériorité du droit civil pour la protection des individus. En s'intéressant au droit applicable aux services des postes, il interroge :

Parlera-t-on du droit public ? Il faudrait prouver, d'abord, qu'il y a un droit public général, supérieur aux textes spéciaux et essentiellement distinct du droit privé ? Il faudrait surtout nous dire en quoi consisteraient les principes de ce droit public. Et, sans doute, n'en trouverait-on d'autre que la prétendue supériorité de l'État sur les particuliers et le sacrifice des intérêts de ceux-ci à l'intérêt de l'État dans tous les cas douteux ? C'est précisément pour éviter pareil arbitraire que nous n'hésiterons pas à lui préférer l'application subsidiaire du droit privé commun²³⁰.

Vecteur de la volonté autoritaire de l'État, comment le droit administratif pourrait-il être un droit en étant un droit arbitraire ? Le contrat, en contrepoint, est cet emblème d'un droit privé, droit proprement juridique parce qu'il établit des relations égalitaires qui ne violentent aucun individu hors son consentement.

447. S'il n'écrit pas spécialement à l'attention des civilistes, Henry BERTHÉLEMY est sensible à cette dépréciation qu'il s'évertue à dissiper. À l'instar de quelques autres publicistes, son appréhension du droit administratif participe de cette ambition qui souhaite vêtir le droit administratif des emblèmes du Droit.

Mes contradicteurs ont le tort grave de faire de l'État un monstre de puissance ; comme ils en redoutent les atteintes, ils s'évertuent à lui rogner les griffes et à lui limer les dents. Il est moins dangereux de ne faire de l'État qu'une machine ayant tout juste ce qu'il faut de griffes pour nous défendre et de dents pour travailler à notre profit.

Gardons-nous de dire : l'État peut tout sauf ce qu'il s'interdit ; – disons plutôt : l'État n'est qu'une manière de parler. Les gouvernants seuls sont des réalités vivantes. Or, les gouvernants ne peuvent rien, sauf ce qu'ils sont chargés de faire. (...)

Il s'agit – et cela est tout aussi scientifique – de rechercher quelles vérités il convient de retenir, et quelles précautions il convient de prendre d'une part pour agencer et mettre en branle la machine administrative, d'autre part pour nous défendre contre les dangers que son fonctionnement peut présenter²³¹.

Il conçoit délibérément l'administration comme une mécanique, mais là n'est pas l'important. Cela n'a de sens qu'afin d'ajuster la puissance active de l'État au regard d'une finalité dont l'individu fût la source d'inspiration et le terme ultime. En d'autres

²²⁹ *Id.*, p. 845.

²³⁰ GÉNY François, *Des droits sur les lettres missives...*, *op. cit.*, t. 1 (1911), p. 52.

²³¹ BERTHÉLEMY Henry, « La méthode applicable à l'étude du droit administratif », in [collectif], *Les méthodes juridiques*, *op. cit.* (1911), p. 75-76.

termes, il revendique pour le droit administratif cette qualité d'être une science juridique intrinsèquement protectrice des individus.

Ce qui est commun [parmi la multiplicité des dispositions] à tous les rameaux de la législation administrative, c'est ce que j'appellerai les instruments de défense des administrés. Ce sont les dispositions d'ordre général qui tendent à nous protéger contre les excès et les négligences d'une administration insuffisamment soucieuse de ses devoirs, et trop facilement disposée à abuser de ses pouvoirs²³².

Un autre publiciste parisien – Ferdinand LARNAUDE – défend aussi farouchement la spécificité du droit public, compris comme un droit à part entière. C'est l'une de ses ambitions qui accompagnent la création de la *Revue du droit public*²³³. Il réaffirme fermement cette conviction en préfaçant une traduction du *Droit public de l'Empire allemand* de LABAND.

Sans doute, le droit privé renferme de nombreux principes qui ne sont pas tant des principes de droit privé que des principes généraux de droit ; mais c'est avec la plus grande circonspection qu'il faut transporter ici ces principes, même en les dépouillant « *de ce qui les rattache spécifiquement au droit privé* ». (...) L'on court de graves dangers si l'on veut aveuglement raisonner dans les uns comme dans les autres. (...)

Je crois qu'il est possible d'introduire dans le droit public la dogmatique juridique sans copier servilement le droit privé. (...) C'est des entrailles même du droit public qu'il faut faire surgir les grandes théories qui expliquent les décisions du droit constitutionnel ou du droit administratif, sans vouloir de force les expliquer par des considérations de dogmatique juridique privée²³⁴.

Ces efforts tendent *in fine* à convaincre de ce que le droit public est une science proprement juridique sans pour autant emprunter au droit privé²³⁵ ; et que son originalité procède de ses caractères intrinsèques plutôt que d'une parenté avec le droit privé qui l'inféodât. Aussi les enjeux se situent-ils pour les publicistes autour de la disposition du droit public à ménager l'individu en recourant à des techniques juridiques différentes de celles employées dans le droit privé et emblématiquement figurées par le contrat. Aux côtés de réflexions parfois très stimulantes, c'est ce que synthétise on ne peut mieux Félix MOREAU – professeur de droit administratif à la faculté d'Aix-en-Provence :

Deux caractères, dont la nouveauté augmente l'importance, signalent le droit administratif français de notre temps : il est juridique, il est autonome²³⁶.

²³² *Id.*, p. 77.

²³³ Cf. le programme éditorial de la *Revue du droit public* dont il est l'auteur (*in* R.D.P. 1894, I, p. 3).

²³⁴ LARNAUDE Ferdinand, « Préface », *in* LABAND Paul, *Le droit public de l'Empire allemand* [1876-1882], Paris, Giard & Brière, 1900-1904 (6 vol.), t. 1 [traduit par C. GANDILHON], p. xiiij-xiv.

²³⁵ Cf. encore de Fernand LARNAUDE : « Le droit public. – Sa conception. – Sa méthode » (*in* [collectif], *Les méthodes juridiques*, *op. cit.* (1911), p. 37 sq.).

²³⁶ MOREAU Félix, *Manuel de droit administratif. – Organisation administrative. – Travaux publics. – Assistance publique. – Domaine public. – Impôts. – Contentieux*, Paris, Fontemoing, 1909, p. 3.

Chapitre 3

Un contrat marginalisé par la doctrine publiciste : promouvoir un droit public valorisé et autonome du droit privé

448. Le contrat fut employé par la doctrine privatiste pour stigmatiser le droit administratif comme un droit oppressif et négateur du Droit. Les contrats d'adhésion ont été pris par des enjeux auxquels les fondements de la théorie des contrats avaient part et qui en ont orienté la discussion. Celle-ci y fut d'autant plus intéressée que les alternatives doctrinales développées par les publicistes ont tendu à ôter au contrat la valeur cardinale – ontologique pourrions-nous dire – que les civilistes lui assignaient. Sauf pour quelques auteurs iconoclastes²³⁷, le développement de rapports juridiques inédits a rarement dévié les réflexions doctrinales d'une perspective où l'individu ne serait plus l'ultime raison du contrat. Ils ne sont pas rares ceux qui reconnurent dans les années 1900 « une véritable crise du contrat », tel André ROUAST dans sa thèse de doctorat²³⁸. Pourtant, peu se sont engagés dans une démarche qui les aurait fait dévier du schème contractuel. Malgré les nombreuses thèses entreprises sur le contrat de travail et les contrats collectifs dans les années 1900, nous ne pouvons citer qu'avec peine celle de Gaëtan PIROU, lequel pousse son examen au-delà du contrat en « cherch[ant] dans l'arsenal des concepts juridiques [s'il y eût] une autre notion plus adéquate [que le contrat] à la réalité transformée »²³⁹. Ainsi s'interroge-t-il :

1° On peut réduire la part des intéressés, patrons et ouvriers, organiquement groupés, et représentés par les délégués syndicaux, à un rôle purement consultatif ; (...) en d'autres termes, l'intervention d'un étranger à la profession (...) deviendrait le mode unique de fixation du régime de travail ; 2° Si l'on estime que par ce premier système le rôle des intéressés se trouve par trop effacé, on peut encore se débarrasser de la notion du contrat en la remplaçant par une notion voisine, mais juridiquement différente, celle de la *collaboration*²⁴⁰.

S'il écarte pour divers motifs ces alternatives, cet auteur présente au moins le mérite

²³⁷ Nous pensons en particulier à René DEMOGUE qui se fait du contrat une idée beaucoup moins arquée sur l'individu : « *Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés. On reviendra du fétichisme de la volonté individuelle qui a encombré le droit civil au XIX^e siècle. Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine* » (« Des modifications au contrat par volonté unilatérale », in R.T.D. civ. 1907, p. 246). Quelques années plus tard, il ajoute : « *Le système [de la doctrine de l'autonomie de la volonté] est logique, solidement charpenté et il a dominé l'esprit des jurisconsultes du XIX^e siècle. Mais il prête le flanc à la critique. Cette solide construction de style Restauration, nette et raide, ne fait pas place à une idée importante : l'économie de temps et d'activité* » (*Les notions fondamentales du droit privé...*, op. cit. (1911), p. 150).

²³⁸ ROUAST André, *Essai sur la notion juridique de contrat collectif dans le droit des obligations*, op. cit. (1909), p. 3.

²³⁹ PIROU Gaëtan, *Les conceptions juridiques successives du contrat collectif de travail en France*, Paris, Rousseau, 1909 (thèse de doctorat, faculté de Rennes ; présidée par LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, professeur de droit international privé et de législation comparée), p. 358.

²⁴⁰ *Id.*, p. 358-359.

de les discuter. Les théories anti-contractuelles, pour être peu nombreuses, éparses et développées avec une rigueur inégale, sont toutes le fait de juristes étrangers au droit privé, sinon situés à ses confins. Il rapporte des auteurs qui se sont signalés par des travaux en sociologie : DURKHEIM, BOURGEOIS, TARDE ; d'autres qui appartiennent à la doctrine publiciste : DUGUIT et HAURIOU ; ou d'autres encore qui se placent en-dehors du champ universitaire et dont l'autorité doctrinale en est d'autant dévaluée : Georges RENARD, historien et directeur de la *Revue socialiste*²⁴¹ et l'abbé LEMIRE, député et figure du catholicisme social²⁴². La manière dont ces alternatives sont désignées – comme des théories anti-contractuelles – suffit à convaincre que le contrat est la mesure du Droit, synonyme de droit privé. Il sert encore à désigner les doctrines qui lui sont antagonistes, dont la valeur n'est mesurée qu'à son aune. Il y a peu de surprise à ce que des publicistes proposent des doctrines qui fassent l'économie du contrat – ou qui autrement en marginalise l'emploi. En s'efforçant de donner au droit public un caractère propre et une valeur égale à celle du droit civil, ils ont recouru à d'autres concepts que le contrat pour approprier le droit public aux évolutions sociales. Il en fut ainsi de l'acte unilatéral, qui d'ailleurs leur était plus familier. C'est pourquoi nous souhaitons traiter des publicistes sous un aspect qui permette de les rapprocher des privatistes précédemment abordés. Tous ne se sont pas illustrés sur cette question. En outre, certains – à l'instar de Henry BERTHÉLEMY – n'ont pas adopté un point de vue différent de celui des privatistes. Aussi n'avons-nous retenu que ceux qui ont développé une doctrine originale, c'est-à-dire une doctrine dite anti-contractuelle – à savoir DUGUIT (**section 1**), HAURIOU (**section 2**) et JÈZE (**section 3**). En abordant chacune de leurs doctrines, il s'est agi de rapporter comment ils assimilèrent le contrat compte tenu de ce qu'il dénotait. Cela eut une incidence sur des doctrines soucieuses de conférer au droit administratif une singularité propre. À la différence des privatistes dont nous avons dit qu'ils ont attiré les contrats d'adhésion à un examen des fondements de la théorie des contrats, ces trois publicistes ont déployé leur intelligence autrement.

²⁴¹ Cf. RENARD Georges, *Le socialisme à l'œuvre, ce qu'on a fait, ce qu'on peut faire*, Paris, Cornély, 1907. Il ne faut pas confondre cet auteur (1847-1930) avec son homonyme, Georges RENARD (1876-1943) – lequel fut avocat (1901-1920) puis professeur de droit à la faculté de Nancy (1920-1932).

²⁴² Cf. [collectif], *Le contrat de travail. Examen du projet de loi du Gouvernement sur le contrat individuel et la convention collective. – Rapports de M. PERREAU et M. FAGNOT. – Compte-rendu des discussions. – Vœux adoptés*, Paris, Alcan, 1907, p. 40 sq. Il s'agit des travaux qui se sont tenus sous l'égide de la section française de l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs (séance du 18 janvier 1907). Il n'est pas inintéressant de remarquer comment les interlocuteurs de l'abbé LEMIRE – essentiellement des universitaires – notent subrepticement qu'il n'est pas juriste pour disqualifier ses idées. C'est avec discernement qu'il rétorque à ses contradicteurs : « *Ce que M. PERREAU regarde comme un danger à éviter est pour moi une solution à souhaiter. Je veux m'élever au-dessus du contrat. En partant du contrat qui est l'amorce de l'organisation du travail, je veux arriver à ce que vous regardez comme dépassant le contrat, constituant un danger, et que je regarde, moi, comme un fruit, un heureux effet du contrat. Et c'est ce qui seul me le rend acceptable* » (*id.*, p. 51).

Section première. – Léon DUGUIT : une théorie du droit étrangère à la dualité des contrats

449. La négation de la nature contractuelle du contrat d'adhésion, conçu comme l'expression de volontés unilatérales. – La même année où Raymond SALEILLES proposait cette locution (1901), le doyen bordelais écrivait pour sa part :

Peut-on (...) parler de contrat entre deux prétendus contractants, qui sont dans des conditions absolument différentes, qui souvent ne se connaissent pas et qui ne peuvent point débattre les conditions du contrat. Ce qu'il y a, c'est sans doute un concours de volonté : deux volontés veulent la même chose, mais ne sont point déterminées l'une par l'autre²⁴³.

Il s'étend peu sur les contrats d'adhésion et, le cas échéant, il y est conduit pour convaincre de « la *substitution constante et progressive d'un système juridique d'ordre réaliste et socialiste à un système d'ordre métaphysique et individualiste* »²⁴⁴. Ce faisant, il incline à nier leur caractère contractuel dont il souligne l'inadéquation : « *C'est une erreur [que] de vouloir ramener [le contrat d'adhésion] au contrat classique* »²⁴⁵. C'est-à-dire de le ramener à cet acte par lequel « *le but déterminant d'une manifestation de volonté est la manifestation d'une autre volonté, de telle sorte qu'alors l'effet de droit résulte de deux manifestations de volonté déterminées l'une par l'autre* »²⁴⁶. À l'instar de Raymond SALEILLES, il discerne la contiguïté de deux déclarations unilatérales de volonté²⁴⁷. Seulement, là où le civiliste parisien ne manifeste aucune velléité pour subvertir la théorie des contrats, le publiciste bordelais s'évertue à fonder une théorie de l'acte juridique qui transcendât la *summa divisio*. Il n'y a pas de véritable contrat dans le contrat d'adhésion parce qu'il n'y a qu'une « *volonté qui, (...) a établi un état de fait (...) d'ordre général et permanent, et une autre volonté qui veut profiter de cet état de fait* »²⁴⁸. C'est spécialement au sujet du statut des usagers du service public qu'il conféra à cette thèse toute sa pertinence. Il n'y aurait dans l'acte par lequel l'utilisateur accède au service public qu'un « *acte unilatéral produisant un effet de droit parce qu'il est conforme à la loi du service* »²⁴⁹. Du reste, il recourt assez peu à cette locution – celle de contrat d'adhésion – dont il réproche d'ailleurs la terminologie²⁵⁰. Au début des années 1920, il se récrit encore contre l'inclination des civilistes à ployer toutes les relations juridiques sous la forme du contrat.

²⁴³ DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit. (1901), p. 55.

²⁴⁴ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé...*, op. cit. (1^{re} éd., 1912), p. i-ij.

²⁴⁵ *Id.*, p. 122.

²⁴⁶ DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit. (1901), p. 239.

²⁴⁷ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé...*, op. cit. (1^{re} éd., 1912), p. 122-123.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Id.*, p. 124. Cf. également de cet auteur sa note critique de l'arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Segney-Tivoli* (R.D.P. 1907, p. 411) et sa contribution au congrès international des sciences administratives de 1910 (« Les services publics et les particuliers », in [collectif], *Premier congrès international des sciences administratives à l'exposition universelle et internationale de Bruxelles 1910...*, Section III. – Organisation générale des services publics, Bruxelles, Goemaere, 1910, [III-1-4]).

²⁵⁰ Cf. par exemple : DUGUIT Léon, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État : conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, Alcan, 1908, p. 80.

L'habitude était si forte, la tradition si profondément enracinée dans les esprits [des civilistes], qu'on n'a pas su, pendant un certain temps, du moins en France, écarter la notion de contrat, et qu'on a voulu maintenir la chose et le mot dans tous les cas où il y a ou paraît y avoir concours de volontés, en ajoutant seulement au mot contrat des épithètes variées, qui, on ne le voyait pas, étaient contradictoires avec lui. On parla et on parle encore de contrats d'adhésion, de contrats collectifs, expressions qui contiennent une contradiction interne²⁵¹.

C'est qu'à l'inverse de Raymond SALEILLES qui discute des obligations en droit privé, Léon DUGUIT s'octroie davantage de latitude. En effet, il déploie une théorie de l'acte juridique qui, elle-même, n'est que le vecteur d'une philosophie politique de l'État étayée par une théorie de la norme juridique. Il ne s'embarrasse pas d'une *summa divisio* dont il conteste d'ailleurs l'acception usuelle : « *Nous pensons qu'elle n'existe en réalité qu'au point de vue du mode de sanction du droit* »²⁵². Ce faisant, il renverse plus volontiers l'ordre des concepts, si bien que la nature unilatérale ou contractuelle de l'acte ne lui paraît être qu'une question presque secondaire. Il n'est pas tant motivé à proposer une taxinomie des obligations comme il est d'usage en droit civil, qu'à fonder épistémologiquement la valeur de l'acte juridique.

Tout acte de volonté individuelle déterminé par un but conforme à la solidarité sociale ou, ce qui est la même chose, à la règle de droit, est un acte juridique et crée une situation juridique subjective. (...)

Peu importe que la manifestation de cette volonté soit *unilatérale*, peu importe qu'elle soit *bilatérale*, c'est-à-dire qu'elle se rattache à une manifestation de volonté correspondante, émanée d'un autre individu, en un mot peu importe qu'elle soit contractuelle ou non. Le caractère contractuel ou non contractuel d'un acte de volonté ne touche que le processus externe de cette volonté²⁵³.

450. D'une théorie moniste des actes juridiques à l'unicité des contrats. – Le doyen bordelais s'attache à une définition du contrat dont les caractères n'épousent pas les mêmes enjeux que les civilistes. Ces derniers élaborent une théorie des obligations à la définition de laquelle le contrat participe en tout premier lieu. Léon DUGUIT est saisi par des préoccupations doctrinales spécifiques qui le conduisent à ramener le contrat à des dimensions plus modestes, en le donnant comme « *un mode [parmi d'autres] de manifestation externe de la volonté* »²⁵⁴. Aussi s'attache-t-il préférentiellement à ce qui fonde le caractère juridique d'une volonté individuelle, indépendamment de ce par quoi elle se donne à exister. En soi, un contrat résulte de la concordance de deux volontés qui « *se provoquent réciproquement à s'extérioriser* », c'est-à-dire que « *l'une se manifeste parce que l'autre s'affirme et réciproquement* »²⁵⁵.

²⁵¹ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 1921-1925 (2^e éd., 5 vol.), t. 1, p. 274.

²⁵² DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1911 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 1, p. 64.

²⁵³ DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.* (1901), p. 172.

²⁵⁴ *Id.*, p. 188.

²⁵⁵ *Id.*, p. 189.

Le contrat est une forme de manifestation de la volonté juridique, mais il n'est pas la volonté juridique. Il y a un échange de consentements ; mais la force génératrice du droit n'est pas là ; elle est dans chaque volonté individuelle, qui veut produire un effet juridique²⁵⁶.

Suivant cette perspective, il s'efforce à reconsidérer une somme de phénomènes jusqu'alors marginalisés par une doctrine civiliste toute attachée à promouvoir l'autonomie de la volonté. En disqualifiant en quelque sorte le contrat qu'il réduit à *un* mode d'expression de la volonté individuelle, il exacerbe après d'autres le discrédit du schème contractuel, trop rigide pour rendre compte de la diversité des manifestations juridiques.

Du moment où on a senti que, dans le contrat, l'effet de droit était produit, non par l'échange des consentements, mais par chaque manifestation de volonté individuelle, le contrat a perdu de son importance dans les relations des hommes, et cela est l'explication proprement juridique d'un phénomène dont on a montré la cause sociale : la diminution constante du rôle du contrat dans les sociétés modernes²⁵⁷.

Si cet auteur fait l'économie du contrat d'adhésion, il développe une doctrine qui en emprunte l'esprit, sinon qui en recoupe les enjeux : l'inadéquation d'un modèle contractuel trop souvent mobilisé à mauvais escient. En circonscrivant le contrat dans des limites étroites, il formalise plus largement des commerces juridiques foncièrement singuliers. La distinction entre l'acte unilatéral et le contrat ne l'intéresse qu'autant qu'elle lui permet de déterminer la nature d'une situation juridique considérée.

451. Léon DUGUIT a toujours été fermement convaincu de l'unicité des contrats. Comment pourrait-il concevoir deux contrats de genres différents, dès lors que la règle de droit lui semble – d'un point de vue épistémologique – déterminée par sa conformité à un but de solidarité sociale. Cet auteur se refuse à introduire aucune distinction entre les actes de l'État et ceux des particuliers²⁵⁸. Il rejeta sans équivoque l'idée de contrat de droit public, c'est-à-dire celle d'un contrat qui fût consubstantiellement différent du contrat de droit privé.

L'acte juridique a une certaine nature qu'il s'agit de déterminer ; mais nous ne concevons pas que cet acte puisse avoir une nature différente suivant la personne de laquelle il émane. L'acte juridique est une manifestation de volonté produisant un effet de droit parce qu'elle a lieu dans les limites fixées par la loi et en vue d'un but conforme à la loi. L'acte juridique a toujours ce caractère. Le contrat notamment a un certain caractère qu'il conserve toujours ; et quand nous entendons parler de contrat de droit public, nous ne pouvons nous tenir de croire qu'il y a là une pure

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Id.*, p. 373.

subtilité, pour justifier plus ou moins heureusement un privilège ou tout autre attribué à la personne publique²⁵⁹.

Plus loin dans son ouvrage, il insiste encore :

L'on ne voit pas pourquoi les contrats d'État ne reposeraient pas sur le même principe que les contrats entre particuliers, quant à la cause génératrice de leur effet obligatoire et quant à l'étendue de la situation juridique subjective qui en résulte²⁶⁰.

Spécialement à propos des fonctionnaires publics, il ajoute :

[La locution *contrat de droit public*] ne veut rien dire, car il ne peut y avoir deux espèces de contrats ; ce qui est un contrat est toujours un contrat avec les mêmes caractères internes²⁶¹.

La singularité des contrats de l'État lui paraît seulement fondée sur les différences toutes extérieures qui touchent à la manière dont l'État rentre en commerce avec les particuliers. Sans rien affecter de l'obligation en tant que telle, elles procèdent essentiellement du fait que l'un des contractants dispose du « *monopole de la force de contrainte* »²⁶². Si bien qu'elles ne touchent *in fine* qu'aux aspects purement formels de l'exécution de ces contrats. Ainsi à propos des « *contrats dits de droit public interne* » :

Le fondement de leur force obligatoire et de leurs effets reste toujours le même. Mais les formes suivant lesquelles gouvernants et gouvernés entrent en rapport seront par la force des choses différentes de celles en lesquelles les particuliers contractent entre eux. De plus et surtout, les modes de réalisation de ces contrats seront forcément différents. (...) Cela explique comment toutes les législations et les jurisprudences positives contiennent une réglementation particulière concernant les contrats d'État, comment ces contrats ont pu être classés dans une catégorie spéciale sous le nom de contrats de droit public, et comment, pour l'observateur superficiel, ils sont d'une nature autre que les contrats privés²⁶³.

En critiquant l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912), il insiste de nouveau sur cette idée. La compétence administrative admise pour certains des contrats de l'administration est d'un ordre qui touche à l'économie juridictionnelle. Elle s'explique pour les contrats qui intéressent le fonctionnement des services publics, sans rien préjudicier des règles qui leur sont applicables. Les contrats *administratifs* qualifiés comme tels demeurent soumis aux mêmes règles que les contrats *civils* et *commerciaux*. Malgré le démenti que lui apporte la jurisprudence administrative dans les années 1920, Léon DUGUIT persévère dans cette opinion.

Le contrat est une certaine catégorie juridique et quand les éléments qui le constituent sont réunis, il y a un contrat ayant toujours les mêmes caractères et les mêmes effets. Par conséquent, s'il y a des contrats qui donnent lieu à la compétence des tribunaux administratifs, ce ne peut être

²⁵⁹ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1911), p. 64.

²⁶⁰ DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit. (1901), p. 375.

²⁶¹ DUGUIT Léon, *L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903, p. 395.

²⁶² DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit. (1901), p. 376.

²⁶³ *Id.*, p. 375-376.

qu'à raison du but en vue duquel ils sont faits. Il y a quelque chose d'analogie à ce qui se passe pour les contrats commerciaux. Quant au fond, il n'y pas de différence entre un contrat civil et un contrat commercial. Ce qui fait le contrat commercial et fonde la compétence des tribunaux de commerce, c'est le but commercial en vue duquel il est fait. Il n'y a pas de différence quant au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif. Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait²⁶⁴.

452. Une appréhension classique des contrats, caractéristique de l'avant-guerre. –

De moins en moins partagée dans l'Entre-deux-guerres, cette thèse rencontrait au début du XX^e siècle une certaine audience – même si les motifs qui y conduisaient les auteurs pouvaient être différents. C'est à ce propos que la doctrine de Léon DUGUIT se rapproche – à certains égards – de celle de certains civilistes qui se sont attachés aux contrats d'adhésion. Là où ceux-ci s'évertuèrent à repenser la cause génératrice des obligations en réévaluant la volonté unilatérale, celui-là circonscrit le contrat à une définition étroite pour penser à ses côtés des rapports juridiques qui s'apparentent aux contrats d'adhésion.

On a montré précédemment [dans des développements où il évoque les contrats d'adhésion] qu'avec les progrès de la différenciation sociale et de la solidarité par division du travail qui en résultait le rôle du contrat allait en diminuant constamment. Cette décroissance du domaine contractuel apparaît non seulement dans les rapports des particuliers entre eux, mais aussi dans les rapports des gouvernants et des gouvernés²⁶⁵.

Il admet d'autant plus facilement le foisonnement des rapports juridiques suscités par des actes unilatéraux qu'il ne les conçoit pas – à rebours de nombre de ses contemporains – comme l'expression d'une manifestation de droit souveraine, susceptible d'être oppressive des droits des particuliers. En faisant participer les normes contractuelles et unilatérales d'une même nature – c'est-à-dire en tant qu'elles sont conformes à un but de solidarité sociale –, il les investit toutes de la même valeur juridique. Cet aspect touche à l'un des aspects fondamentaux de sa doctrine, qui redéploie une conception de l'État décadrée par rapport à une dichotomie qui opposait les actes d'autorité et les actes de gestion. Ainsi n'est-il plus question d'actes dits de puissance publique par cela même qu'ils procèderaient *in fine* de la souveraineté de l'État. Il décharge les actes unilatéraux de cette signification pour les employer à rendre compte d'un État dont les fonctions se sont diversifiées au-delà des fonctions purement régaliennes²⁶⁶. De même, les contrats ne sont plus l'apanage des relations de droit privé. Il ne les érige pas en un concept qui fût le propre du

²⁶⁴ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit. (2^e éd.), t. 3 (1923), p. 41. Cf. du même auteur : *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 1927-1930 (3^e éd., 3 vol. ; inachevée), t. 3 (1930), p. 43 sq. Plus encore que dans la deuxième édition, il y critique dans cette dernière la jurisprudence du Conseil d'État des années 1920.

²⁶⁵ DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit. (1901), p. 380.

²⁶⁶ *Id.*, p. 381.

droit civil en accusant ses différences avec le droit public. C'est pourquoi il distingue entre le contrat à proprement parler, liant l'administration d'une manière intangible à la mesure des obligations consenties (marchés de fournitures) ; et la « *loi-convention* »²⁶⁷ par laquelle le contractant de l'administration adhère à la « *loi du service public* » en acceptant la mutabilité (concession de service public).

La concession est certainement une convention. (...) Elle comprend nombre de clauses qui ont véritablement le caractère contractuel et font naître entre le concédant et le concessionnaire une situation juridique subjective, des rapports de créancier à débiteur. (...) Toutes ces clauses ou autres semblables sont régies par les règles du code civil relatives aux contrats. (...)

Mais en réalité ces clauses ne forment que la partie la moins importante des actes de concession. La plupart des dispositions inscrites dans le cahier des charges ont un tout autre caractère : elles ont pour objet de régler les conditions dans lesquelles doit fonctionner le service public. (...)

Ces diverses clauses (...) sont de véritables dispositions législatives. Elles forment la loi du service public²⁶⁸.

Cette doctrine ne peut s'apprécier sans considérer le fait que les contrats de l'administration – depuis le marché de fourniture jusqu'à la concession de service public – n'étaient pas alors organisés comme ils le furent à partir des années 1920. La doctrine comme la jurisprudence administrative opéraient plus volontiers une ségrégation entre les conventions à exécution instantanée – à l'instar des livraisons de fournitures –, et celles dont l'exécution en s'étalant dans le temps, associaient le contractant à la marche du service public.

453. *In fine*, la réception des contrats dits d'adhésion par Léon DUGUIT l'a aidé à souligner les convergences tendanciennes entre droit privé et droit public ; ainsi qu'à conceptualiser – par un renversement de sa signification originale – une théorie des actes juridiques qui ne serait plus autant appropriée par la doctrine privatiste. À rebours du Conseil d'État qui conserva le schème contractuel pour les concessionnaires comme pour les employés de l'État²⁶⁹, Léon DUGUIT est un

²⁶⁷ Il définit la loi-convention comme suit : « *Il s'agit toujours de lois proprement dites, dispositions par voie générale, permanentes, qui règlent pendant un temps indéterminé des situations individuelles qui déterminent des compétences, qui sont accompagnées de sanction juridictionnelle. (...) Seulement ces lois ne sont pas l'œuvre d'une volonté unilatérale formulant un commandement ; elles ne sont même pas le résultat d'un concours, d'une collaboration de volontés. (...) Elles sont l'œuvre de volontés qui font véritablement une convention. On dit très souvent contrat ; nous préférons le mot convention et réserver le mot contrat pour désigner la catégorie juridique définie au code civil, c'est-à-dire la convention faisant naître entre deux personnes déterminées une situation juridique subjective. Ici nous avons une convention formée entre deux ou plusieurs groupes ; de cette convention naît une véritable loi qui s'appliquera non seulement à ceux qui font partie de ces groupes au moment de la convention, mais encore à ceux qui en feront partie plus tard, et aussi à des tiers qui ne font point partie de ces groupes* » (DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Colin, 1913, p. 130).

²⁶⁸ *Id.*, p. 134-136.

²⁶⁹ Il suffit pour s'en convaincre de se reporter, – pour les concessions de services publics, aux conclusions de Jean ROMIEU prononcées sous l'arrêt *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Segney Tivoli* (21 décembre 1906) et celles de Léon BLUM sous l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* (11 mars 1910) ; – pour les employés de l'État, aux conclusions prononcées par Jacques TARDIEU sous les

contempteur du contrat du droit public, entendu comme un contrat spécifique du droit public. L'acception qu'il prête au contrat d'adhésion accuse un peu plus les inflexions d'une doctrine antipathique à cette idée qu'il y eût des contrats de deux genres différents – un de droit privé, un de droit public. Sa théorie matérialiste des actes juridiques l'a invariablement conduit à reconnaître dans le contrat une convention soumise au code civil ; et le contrat d'adhésion l'a aidé – par la contradiction – à penser des relations juridiques formalisées autrement qu'à partir du schème contractuel. Par le biais d'une nouvelle théorie politique de l'État édifiée non plus à partir du « *droit subjectif de commandement* » mais du « *droit objectif des services publics* »²⁷⁰, se déploie autour de la loi de service public une constellation de rapports juridiques appréhendés à partir de l'unilatéralité du droit : les lois-conventions pour les concessions de service public ; les actes unilatéraux d'adhésion pour les usagers des services concédés ; le statut légal et réglementaire des fonctionnaires. Son interprétation de la jurisprudence administrative incline dans le même sens. Ainsi voit-il à travers l'arrêt *TERRIER* (1903) un contentieux relatif à un acte unilatéral, puisque se rapportant à une promesse unilatérale²⁷¹. De contrat, il n'est nullement question. Ses vives critiques adressées aux doctrines reconnaissant l'existence d'un contrat de droit public ou aux conclusions du commissaire Léon BLUM sous l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912) en sont d'édifiantes confirmations. Il n'est pas isolé en ce sens. Gaston JÈZE à qui pourtant l'on peut attribuer l'un des premiers ouvrages théorisant les contrats administratifs (dans l'Entre-deux-guerres), développa des opinions similaires à la même époque.

arrêts *WINKELL* & *ROSIER* (7 août 1909).

²⁷⁰ *Id.*, p. 52.

²⁷¹ Cf. DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 1 (1911), p. 441.

Section 2. – Maurice HAURIOU : une théorie de l'institution employée à caractériser des relations juridiques irréductibles au contrat

454. Une théorie de l'institution employée à autonomiser le droit public. – Les réflexions de Maurice HAURIOU se rapprochent indéniablement de celles de Léon DUGUIT par leur portée subversive. Cela dit, il l'orienta différemment, en conciliant les aspects subjectifs et objectifs du droit public au lieu de verser vers un monisme juridique. C'est ce qui le porta à mûrir sa théorie de l'institution²⁷², qu'il formalisa graduellement dans le milieu des années 1900 après une quinzaine d'années de réflexions²⁷³. L'un des effets recherchés n'était pourtant pas très différent de celui des positivistes sociologiques – à savoir le rejet du schème contractuel comme soubassement théorique à une doctrine du droit administratif. D'où en particulier son ambition d'autonomiser le droit administratif du droit civil ; ambition qu'il faut comprendre – à notre sens – comme ceci : faire admettre aux privatistes le droit administratif comme une science juridique à part entière, c'est-à-dire concevoir un droit qui ne fût affecté d'aucun vice congénital et qui participât pleinement du Droit, aux côtés du droit civil. D'où son inclination à rompre l'identité exclusive entre le Droit et le droit civil ; subséquemment à revendiquer des principes qui fussent autonomes du droit civil et qui participassent pleinement du Droit – ainsi que le développement du contentieux administratif l'y aida²⁷⁴.

²⁷² Il n'est pas question de nous appesantir sur une théorie qui pour être complexe, a déjà fait l'objet d'études très approfondies. Nous pensons tout particulièrement aux travaux de Julia SCHMITZ : *La théorie de l'institution du doyen Maurice HAURIOU* (Paris, L'Harmattan, 2013 ; thèse de doctorat, université Toulouse 1 Capitole). Cf. en outre les articles des professeurs TANGUY (« L'institution dans l'œuvre de Maurice HAURIOU. Actualité d'une doctrine », in *R.D.P.* 1991, p. 61), MILLARD (« HAURIOU et la théorie de l'institution », in *Droit et société* 1995, n° 30-31, p. 381) & MAZÈRES (« La théorie de l'institution de Maurice HAURIOU ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in [collectif], *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques MOURGEON*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 239).

²⁷³ C'est dans la sixième édition de son *Précis de droit administratif* (1907) que Maurice HAURIOU conféra une forme achevée (mais non figée) à sa théorie de l'institution – en complément d'un article publié peu avant : « L'institution et le droit statutaire » (*Recueil de législation de Toulouse* 1906, p. 134). Par suite il lui donna place dans ses *Principes de droit public* (1910). Cette théorie ne fut pas une invention subite. C'est dès les années 1890 qu'il entame des réflexions dont sa conception du droit administratif prend les empreintes. Dans ses opuscules : *La science sociale traditionnelle* (1896) ; *Leçons sur le mouvement social* (1899) ; et, dans une certaine mesure, *La gestion administrative* (1899). La quatrième (1900-1901) et sixième (1907) édition de son *Précis de droit administratif* témoignent particulièrement de cette pensée évolutive dont lui-même fut conscient : « Il faut du temps pour explorer un pays aussi vaste que le droit administratif et pour saisir toutes les particularités de sa structure. De là, dans ce précis, d'édition en édition, des modifications, qui n'ont pas été des changements de doctrine, car, heureusement, dès le début, je me suis trouvé sur les bonnes directions, mais qui ont été ce que l'on pourrait appeler des "approfondissements de doctrine" » (*Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose & Tenin, 1911 (7^e éd.), p. vi).

²⁷⁴ C'est en ce sens que nous nous expliquons les éloges adressés par Maurice HAURIOU à la juridiction administrative et spécialement au Conseil d'État. À l'instar d'autres administrativistes, il s'est engagé à démontrer la juridicité du droit administratif en exposant qu'il était aussi bien que le droit privé un droit protecteur des individus. Ce faisant, il porta un vif intérêt au contentieux administratif dont les développements lui faisaient escompter que le droit administratif s'exhaussât à la même dignité que le droit civil – celui-là autour de la décision administrative. C'est à ce titre que son commentaire de l'arrêt

Là où [le droit public] n'est pas purement disciplinaire, [il] ne se laissera plus envahir par de vagues théories contractuelles, décevantes et dissolvantes ; il s'affranchira des influences civilistes ; il s'établira vigoureusement dans une théorie à lui qui sera une théorie de *statuts*²⁷⁵.

Il explicita ses ambitions non moins clairement dans la septième édition de *Précis de droit administratif* (1911) en justifiant sa théorie de l'institution comme un projet doctrinal, en réaction aux doctrines civilistes trop arquées sur une représentation subjective du Droit.

De proche en proche, il m'a fallu creuser [la structure du droit administratif]. C'est ainsi que, dans la sixième édition [1907], j'ai été amené à restaurer, par la théorie juridique de l'institution, la notion d'un droit objectif fondé sur l'ordre général des choses, parce qu'il devenait évident que les réalités du droit administratif ne s'harmonisaient pas avec l'unique notion civiliste d'un droit subjectif fondé sur les relations du commerce juridique [c'est-à-dire sur le contrat]²⁷⁶.

Ses efforts pour dépasser en une synthèse ce que les méthodes purement subjectives (individualistes) ou purement objectives (socialistes) pouvaient avoir de biaisé à ses yeux, ressortent assez bien de cette formule qui saisit l'essence de sa théorie de l'institution : celle-ci articule « *la juxtaposition d'une individualité objective à la personnalité subjective* »²⁷⁷.

La théorie de l'institution admet la personnalité subjective de l'État et même elle l'admet comme une réalité sociale, non pas comme une fiction, seulement, elle limite la portée de cette personnalité subjective par une autre notion qui est celle de l'individualité de l'État. Cette individualité objective n'est autre que l'État envisagé comme institution, avec ses ressorts de droit disciplinaire et de phénomènes statutaires. Chacune des deux notions a son domaine. L'État n'est qu'une institution si l'on pose la question des rapports des organes entre eux ou des sujets avec les organes, le point de vue objectif de l'institution et du statut est alors le seul qui convienne. Par surcroît l'État est une personne juridique, mais seulement dans les relations du commerce juridique proprement dit, c'est-à-dire dans ses relations avec des parties ou

BOUSSUGUE présente des élans emportés : il y entrevoit la constitution prochaine d'un « *droit général d'action* » qui élevât le contentieux administratif au même degré de perfection que le contentieux civil (Note sur l'arrêt BOUSSUGUE et autres (C.E., 20 novembre 1912) [1914], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*..., op. cit., t. 2 (1929), p. 419). Peu avant, Maurice HAURIU estimait que : « *Le développement d'une justice publique, à laquelle soient soumises les contestations, soit sur la validité des situations créées par l'activité gouvernementale et administrative, soit sur les conséquences des opérations faites avec le peuple, est évidemment la grande affaire du droit public pour qu'il ait figure de droit. (...) Ainsi le droit public moderne a réalisé ce progrès sur le droit public romain de concevoir que, d'une certaine façon, l'administration puisse être soumise à une justice publique. C'est la manifestation la plus intéressante de ce que l'on est convenu d'appeler l'état de droit ou la soumission de l'État au droit* » (*Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence, 3^e année, et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Sirey, 1910 (1^{re} éd.), p. 332-333).

²⁷⁵ HAURIU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général, à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose & Tenin, 1907 (6^e éd.), p. 7-8.

²⁷⁶ HAURIU Maurice, *Précis de droit administratif*..., op. cit. (7^e éd., 1911), p. vi.

²⁷⁷ HAURIU Maurice, *Précis de droit administratif*..., op. cit. (6^e éd., 1907), p. xiv.

des partenaires qui ne soient pas envisagés comme étant ses organes, ni ses sujets (relations internationales, gestion des services administratifs)²⁷⁸.

455. Les termes de cette doctrine ne sont pas sans soulever une difficulté pour notre sujet, dans la mesure où la pensée de Maurice HAURIOU ne présente pas les rigueurs – quelquefois arides – de certaines doctrines concurrentes²⁷⁹. Moins facile à appréhender, elle s'attache à rendre compte du complexe donné à l'observation, si bien que ses propos afférents aux contrats de l'administration se prêtent facilement à des contresens si l'on ne prend pas le soin de les corroborer par l'inflexion évolutive de sa doctrine. Lui-même l'admettait en affirmant : « [La théorie de l'institution] *semblera déconcertante à ceux qui aiment les idées tranchantes et absolues dans un sens ou dans l'autre, car elle comporte à la fois des affirmations et des négations* »²⁸⁰.

[D'aucuns ont] dit que dans le contrat la puissance publique acceptait la loi de l'égalité, qu'elle dépouillait par là même son caractère impérial de puissance publique, qu'elle devenait comparable à une volonté privée. Ces assertions ne sont pas exactes. (...) Dans les contrats administratifs passés pour la gestion des services publics l'administration ne traite pas sur pied d'égalité, elle se réserve des privilèges. Outre le privilège de juridiction, faut-il rappeler (...) que tout contrat passé pour les services publics de l'État s'exécute par des décisions administratives et que ces décisions ont le privilège ordinaire de l'exécution provisoire ? (...) Qu'en un mot l'administration conserve toujours le privilège *du préalable* qui est l'attribut essentiel de la puissance publique ?²⁸¹

Nous avons démontré qu'après l'abandon définitif de la théorie du ministre-juge dans les années 1880, Maurice HAURIOU fut l'un des rares à rapporter la singularité des marchés administratifs à leur mode d'exécution. Bien sûr, il insiste avec d'autres – comme Félix MOREAU – sur les prérogatives exorbitantes du droit commun que l'administration y stipule. Toutefois, il souligne ce qui fait contraste avec le droit civil, à savoir que celle-ci n'est pas astreinte à solliciter préalablement le juge lorsqu'elle souhaite adresser à son contractant une mesure pour l'exécution de son marché. Le doyen toulousain appréhende les contrats administratifs – c'est-à-dire les contrats soumis à la compétence administrative – sous un aspect incontestablement moderne – c'est-à-dire assez similaire au nôtre. « *Il faut (...) se rendre compte de la situation subordonnée que [le contrat administratif] fait à l'entrepreneur* »²⁸². Cela étant, il ne faudrait pas conclure trop vite au fait qu'il eût dégagé les linéaments du contrat administratif tel que nous l'admettons aujourd'hui. La conception qu'il se fait des contrats administratifs est moins celle d'une catégorie juridique que d'une déclinaison de la

²⁷⁸ *Id.*, p. xiiij-xiv.

²⁷⁹ Cf. sur ce sujet : SCHMITZ Julia, « La doctrine juridique face à la complexité », in [collectif], *La pensée du doyen HAURIOU à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 239.

²⁸⁰ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, op. cit. (6^e éd., 1907), p. xiiij.

²⁸¹ HAURIOU Maurice, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, Paris, Larose, 1899, p. 74-75.

²⁸² *Id.*, p. 75.

gestion administrative qui, parmi tous les procédés envisagés, se trouve être le plus proche du droit privé.

Si le contrat n'est pas [le] type [de la gestion administrative], il est certainement une limite qu'elle atteint parfois, car il y a des actes de gestion contractuels (les contrats administratifs), mais le type de la gestion est-il le contrat ?²⁸³

Soulignant l'inégalité et la subordination qui président aux rapports contractuels de l'administration lorsqu'elle procure les services publics, Maurice HAURIOU suggère avec insistance la singularité des marchés administratifs qui « *ne sont pas le type de l'acte de gestion* », mais « *au contraire la limite* »²⁸⁴. Farouchement opposé à la « *théorie du contrat public* »²⁸⁵, le contrat administratif lui apparaît comme une expression de la gestion administrative à laquelle il emprunte ses caractères essentiels, tout en se coulant dans le cadre formel du contrat. Aussi préfère-t-il parler de collaboration – contractuelle ou non – là où l'administration sollicite le concours volontaire de particuliers qui s'associent au fonctionnement des services publics.

- 456. La valorisation des relations collaboratives de longue durée, par contraste avec les relations instantanées.** – Pour saisir le sens d'une doctrine qui cherche davantage à saisir une réalité sociale mouvante plutôt que de recourir à des formules pétrifiantes, il est nécessaire d'assigner une valeur précise aux analogies ou renvois par lesquels Maurice HAURIOU ne cesse d'attirer le droit privé à son horizon doctrinal²⁸⁶. La lecture de son opuscule – *La gestion administrative* – corrobore l'impossibilité de comprendre les doctrines administratives qui ont touché aux contrats de l'administration, si l'on ne convoque pas la littérature privatiste contemporaine. Derrière la locution de « contrat d'adhésion », se découvrent des doctrines variées qui se sont attachées à envelopper par des discours dissemblables les phénomènes inédits – ne fût-ce que par leur ampleur. Par ailleurs, nous avons déjà souligné que la doctrine de la gestion administrative prônée par Maurice HAURIOU soutint pour une large part la promotion du contentieux de pleine juridiction lorsque ses contemporains discutaient de la nature de la juridiction administrative. Cet aspect ne saurait à lui seul constituer les ferments intellectuels de ses réflexions. À l'instar de Léon DUGUIT qui s'attacha à l'idée de solidarité sociale pour fonder philosophiquement sa doctrine, celle de gestion administrative est comme une

²⁸³ *Id.*, p. 64.

²⁸⁴ *Id.*, p. 75.

²⁸⁵ *Id.*, p. 66.

²⁸⁶ D'ailleurs, Maurice HAURIOU justifie sa théorie de l'institution comme une réaction aux faiblesses accusées par le droit privé vis-à-vis des évolutions sociales de son temps : « *J'ai été amené à restaurer, par la théorie juridique de l'institution, la notion d'un droit objectif fondé sur l'ordre général des choses, parce qu'il devenait évident que les réalités du droit administratif ne s'harmonisaient pas avec l'unique notion civiliste d'un droit subjectif fondé sur les relations du commerce juridique* » (*Précis de droit administratif et de droit public, à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose & Tenin, 1914 (8^e éd.), p. vi).

réaction doctrinale à ces évolutions qui lui font dire que « *la vie sociale devient davantage publique et administrative* »²⁸⁷.

N'est-il pas évident que la situation des masses d'ouvriers ou d'employés des grandes usines et des grandes compagnies, purement contractuelle au début, évolue de plus en plus vers la réglementation, c'est-à-dire la situation d'état ? Qu'est-ce aujourd'hui que l'embauchage d'un ouvrier, si ce n'est la nomination d'un agent qui se soumet au règlement de l'usine ?²⁸⁸

Les hésitations doctrinales d'un Raymond SALEILLES qui le firent douter de la pleine nature contractuelle de certaines conventions ne sont pas purement inédites. Précoces si l'on considère restrictivement la doctrine privatiste, elles participent des essais entamés pour renouveler les sciences juridiques – dont ceux incarnés par quelques juristes catholiques depuis les années 1890, décennie qui s'ouvrit sur l'encyclique *Rerum novarum* de LÉON XIII²⁸⁹. Il ne s'agit pas d'affirmer que tous ces juristes ont réagi d'une manière univoque. À vrai dire, il faut examiner à quel propos et dans quels desseins ils se sont chacun montrés sensibles aux évolutions sociales qu'ils ont cru pouvoir discerner. Sous cet aspect, l'administrativiste HAURIOU se rapproche également du civiliste SALEILLES en rapportant la propagation de l'unilatéralisme dans les rapports juridiques²⁹⁰. Il y voit d'ailleurs une influence du droit administratif sur le droit civil.

L'exemple du droit administratif contribue à introduire dans la vie privée des situations administratives et des pratiques administratives. Il n'est pas douteux par exemple que la situation réglementaire des fonctionnaires n'exerce une attraction sur la situation des ouvriers et employés des grandes entreprises privées et ne tende à la transformer, de contractuelle qu'elle était, en une situation réglementaire ; (...) on a signalé aussi que la pratique des adjudications publiques se répand et s'applique même aux marchés de travaux de la vie privée, *etc.*²⁹¹

Seulement là où le privatiste repéra ces transformations pour les articuler à un discours critique de la théorie des obligations ; le publiciste s'employa à refonder un droit administratif aux origines d'ailleurs mythifiées²⁹². Ainsi son appréhension des choses lui fit-elle considérer – pour les contrats de l'administration – l'inégalité contractuelle comme une manifestation, sous une certaine forme, de la collaboration

²⁸⁷ HAURIOU Maurice, *La gestion administrative...*, *op. cit.* (1899), p. 69.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ Cf. le n° 28 de la *Revue française d'histoire des idées politiques* (2008) qui réunit différentes contributions autour du thème : « *Juristes catholiques (1880-1940)* », et notamment celle de Frédéric AUDREN : « La Belle Époque des juristes catholiques (1880-1914) ».

²⁹⁰ Cf. son article (cosigné avec Guillaume de BÉZIN) où Maurice HAURIOU rapproche la doctrine allemande de la déclaration de volonté de sa théorie de l'acte administratif : « La déclaration de volonté dans le droit administratif français » (*in R.T.D. civ.* 1903, p. 543).

²⁹¹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général, à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose & Forcel, 1900-1901 (4^e éd., 1 vol.), p. 223-224.

²⁹² Cf. TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Maurice HAURIOU, lecteur de mauvaise foi des “pères” du droit administratif », *in* [collectif], *La pensée du doyen HAURIOU à l'épreuve du temps...*, *op. cit.* (2015), p. 133.

nouée autour de la gestion des services publics. « *La collaboration, contractuelle ou non, n'implique pas forcément égalité* »²⁹³. Les comparaisons faites avec le contrat de travail ou bien avec le contrat de mariage²⁹⁴ sont toutes orientées dans le but de capter le droit privé aux évolutions qu'il discerne, cela pour mieux convaincre des fondements nouveaux qu'il confère au droit administratif. À cet égard, la dialectique entre droit civil et droit administratif participe d'un élan par lequel il exhausse le second au statut d'une science juridique équivalente au premier.

457. Dans le sillage de son opuscule sur la gestion administrative, il publia quelques notes d'arrêts qui accusent cette doctrine. En rapport avec la concession de service public, il aperçoit la juxtaposition de deux contrats dont l'un « *crée une situation qui est celle de service public concédé* »²⁹⁵ et l'autre arrête les stipulations financières. Il modifie peu après sa définition sans en bouleverser l'équilibre : au lieu de deux contrats joints, il préfère voir aux côtés des stipulations conventionnelles un « *acte d'institution de la situation de service public concédé, décision exécutoire unilatérale* »²⁹⁶. Si bien qu'il analyse dès lors la concession comme deux actes concourants : « *la création de la situation d'état et le contrat administratif* »²⁹⁷. En 1914, il parle plus explicitement encore de « *situation réglementaire* »²⁹⁸. Cette conception de la concession de service public porte sensiblement l'empreinte de la théorie de l'institution ; l'évolution même de sa définition suit la formalisation de celle-ci. En la présentant pour la première fois en 1907, il explicite clairement cette contiguïté entre l'institution et les concessions :

L'administration publique, qui est une vaste institution, a une tendance très marquée à transformer en situations institutionnelles toutes les situations d'origine consensuelle qu'elle crée autour d'elle pour l'exécution des services publics et cela procure une certaine souplesse à ces situations en même temps qu'une longue durée. (...)

Nous sommes très portés à croire (...) que les situations créées par les concessions de travaux publics et par les marchés à l'entreprise de travaux publics deviennent très rapidement des situations institutionnelles, en ce qu'elles admettent de très nombreuses modifications et finissent par s'exécuter comme des services publics, lesquels sont certainement des institutions²⁹⁹.

Quoiqu'explicitée autrement, cette conception est – quant au fond des choses – assez proche de celle de Léon DUGUIT et Gaston JÈZE : elle sous-tend cette idée que les relations ne sont pas toutes identiques, en ce que certaines se modélisent comme une

²⁹³ HAURIOU Maurice, *La gestion administrative...*, *op. cit.* (1899), p. 76.

²⁹⁴ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *BLANLEUIL & VERNAUDON c. Ville d'Angoulême* (C.E., 14 février 1902) [1904], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 437.

²⁹⁵ *Id.*, p. 443.

²⁹⁶ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (6^e éd., 1907), p. 694.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (8^e éd., 1914), p. 812.

²⁹⁹ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (6^e éd., 1907), p. 26-27.

relation de durée, susceptible d'évoluer selon les besoins rencontrés par le service public concédé³⁰⁰.

458. Une partition originale des contrats de l'administration développée sous l'égide de la théorie de l'institution. – En étant moins rigides, donc mieux disposés à tenir compte des adaptations nécessaires au service public, les rapports juridiques ainsi institués organisent une collaboration qui cadre plus harmonieusement avec le contrôle permanent de l'administration sur son concessionnaire. Un semblable point de vue l'avait déjà conduit à s'interroger sur les marchés de travaux publics dont l'exécution par l'entrepreneur s'apparente plus à la collaboration d'une opération de travaux publics qu'à une situation purement contractuelle – dans le sens où l'obligation s'exécute instantanément comme une vente par exemple. Ainsi lit-on à partir de 1903 :

Pour mesurer l'étendue des illusions de ceux qui pensent que les opérations de la gestion publique peuvent être ramenées aux opérations de la vie civile ordinaire, il est bon de pénétrer dans le détail de l'exécution du marché de travaux publics. On s'aperçoit avec un certain étonnement que l'Administration chargée de la surveillance de cette exécution, au lieu de respecter la situation contractuelle, s'attache à transformer l'exécution du marché *en l'exécution d'un service public*. Véritablement l'Administration a réussi à transporter dans l'exécution du marché de travaux ses mœurs, ses habitudes, ses exigences, elle a réduit l'entreprise à n'être plus qu'une sorte de régie intéressée. (...)

On voit combien s'éloigne d'une opération de la vie privée une entreprise dont l'exécution se trouve ainsi transformée en l'exécution d'un service public³⁰¹.

Inscrits en note de bas de page comme une réflexion personnelle, ces propos illustrent mieux que tous autres ce qui différencie certains des contrats de l'administration. La manière de les désigner ne recouvre pas le même ordre de préoccupations. Maurice HAURIU est avant tout préoccupé à identifier – par-delà les formes extérieures sans grande incidence sur le modèle contractuel – ce à quoi participe chacune des conventions, qu'il s'agisse des concessions ou des marchés. D'où un certain désarroi pour le lecteur de notre temps, familier d'une taxinomie des contrats administratifs rigoureusement arrêtée. Dans la doctrine du doyen toulousain comme dans celle de certains de ses contemporains qui réinvestissent les rapports contractuels de l'administration en bousculant les locutions établies, seul importe la distance à laquelle le contractant gravite autour de l'administration considérée comme institution. Si les divers contrats de l'administration sont distingués, ils le sont en tant que cette qualification permet de désigner le juge compétent. Les marchés de fournitures, de travaux publics ; les concessions de service public, *etc.* ; ne sont des

³⁰⁰ *Id.*, 25 *sq.*

³⁰¹ HAURIU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public, à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose, 1903 (5^e éd.), p. 687-688 (note de bas de page).

catégories pertinentes qu'au point de vue du contentieux administratif.

459. Les concessions de service public comme les marchés de travaux publics associent pleinement le contractant de l'administration à la gestion administrative. En cela ces actes participent de l'institution, par contraste avec le contrat proprement dit qui relève plutôt du commerce juridique. Ce que Maurice HAURIOU désigne par cette expression, c'est une « *forme de société* », une « *forme de droit* » opposée à celle de l'institution, et fondée sur l'échange plutôt que sur la collaboration³⁰². Le contrat qui est l'une des principales expressions du commerce juridique « *est, dans la force du terme un "acte juridique", c'est-à-dire une opération "actuelle, éphémère, transitoire" tandis que l'institution est un "fait juridique" qui peut durer indéfiniment* »³⁰³.

La base consensuelle du contrat, c'est l'échange des décisions exécutoires, c'est-à-dire des consentements en acte, tandis que la base consensuelle de l'institution est l'adhésion au fait³⁰⁴.

Cette opposition, pensons-nous, est capitale pour comprendre ce que cet auteur entendit par contrat administratif – locution qu'il réserve en général aux marchés de fournitures. Celui-ci se rapproche du contrat par ce qu'il a d'instantané. Il consiste en une consommation d'obligations plutôt qu'il n'instaure une relation de collaboration. Nonobstant les particularités du marché de fournitures au sujet duquel il prit le soin d'affirmer que son régime juridique était exorbitant du droit commun, cette convention lui paraît participer assez peu de l'institution ; elle ne relève toujours que d'un « *commerce juridique spécial* »³⁰⁵. Comme il l'indiquait à propos de sa théorie de la gestion administrative, ce marché demeure aux confins de la gestion des services publics ; au contact d'un droit privé destiné à régler les échanges patrimoniaux suivant un plan égalitaire. Car d'ailleurs – écrivait-il en 1892 avant de reprendre cette opinion – les règles spéciales qui l'assujettissent s'inspirent tendanciellement « *du grand principe d'égalité qui fait le fond de l'idée de justice dans tout le droit moderne* »³⁰⁶. Suivant une définition qu'il conserva :

[Il demeure] un contrat spécial qui a ses règles à lui, qu'il fait s'inspirer des règles générales des contrats, [quoiqu'il] ne [faille] point lui étendre par

³⁰² HAURIOU Maurice, *Principes de droit public...*, op. cit. (1^{re} éd., 1910), p. 176 sq.

³⁰³ *Id.*, p. 204-205.

³⁰⁴ *Id.*, p. 205.

³⁰⁵ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, op. cit. (6^e éd., 1907), p. 411 : « *La voie de gestion publique et la voie de gestion privée présentent ceci de commun qu'elles sont toutes deux des voies d'exécution. (...) Étant des voies d'exécution, ces modes d'administration tombent sous les prises du commerce juridique qui conditionne toute espèce d'exécution et de réalisation. Mais il y a entre les deux une différence capitale : dans la voie de gestion publique, l'Administration use d'un commerce juridique spécial qui lui laisse toutes ses prérogatives d'exécution préalable et de compétence ; dans la voie de gestion privée, elle use en principe du commerce juridique de la vie ordinaire, elle perd son privilège de juridiction et ne conserve qu'une partie des prérogatives d'exécution préalable* » (*id.*, p. 410-411).

³⁰⁶ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 1892 (1^{re} éd.), p. 406.

analogie les règles des contrats spéciaux du Code civil ou du Code de commerce qui présenteraient avec lui quelque parenté³⁰⁷.

C'est pourquoi, soucieux qu'il est d'ajuster la pratique administrative à sa doctrine, il introduit à partir de 1914 cette interrogation : « *Peut-être (...) par analogie avec ce qui se passe dans les travaux publics, devrait-on réserver le nom de concessionnaire à l'entrepreneur de fournitures qui se charge d'un véritable service public* »³⁰⁸. C'est effectivement depuis ce point de vue qu'il s'explique l'arrêt *THÉRON*, comme une hypothèse « *où le marché de fournitures tend à assurer un service public* »³⁰⁹. Du reste, Maurice HAURIOU s'est assez peu intéressé aux marchés de fournitures. Il leur a consacré peu de notes³¹⁰ et lui-même éprouva une telle indécision qu'il appela de ses vœux « *une enquête* » sur les règles d'interprétation applicables aux marchés administratifs³¹¹. Il ne s'est jamais illusionné sur l'unité factice à laquelle la terminologie pouvait laisser espérer.

[Le marché de fournitures] est un contrat plus caractérisé que le marché de travaux publics, lequel se rapproche davantage de l'exécution d'un service ; étant un contrat plus caractérisé, le marché de fournitures est, d'une façon plus absolue, *la loi des parties* ; il est davantage une sphère juridique complète enfermant toute la situation et fournissant toutes les raisons de décider³¹².

460. La négation de la nature contractuelle des contrats d'adhésion. – Si le professeur toulousain fit peu de cas des formulations désignant dans le langage usuel les contrats de l'administration, il n'en fut pas moins conscient de la nécessité de proposer une classification qui fût mieux en rapport avec sa doctrine. Dès le début des années 1900, il vit l'importance qu'il y eût à organiser tous les contrats souscrits par l'administration pour le fonctionnement des services publics.

On n'a pas encore étudié comme ils le méritent les contrats qui servent de moyen d'exécution à certains services publics et surtout on ne les a pas groupés³¹³.

Il ne vise pas tant les marchés ou les concessions que ce qu'il appelle « *les petits contrats du droit administratif, ou encore les contrats de guichet* »³¹⁴, tous de peu d'importance mais décisifs pour le fonctionnement de beaucoup de services publics. Peu avant que Raymond SALEILLES ne propose la locution « contrat d'adhésion »,

³⁰⁷ *Id.*, p. 666.

³⁰⁸ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (8^e éd., 1914), p. 851.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ En retenant les seules notes où il traite des marchés en tant que tels plutôt qu'il n'aborde un aspect hétérogène à cette question, nous ne lui connaissons que les commentaires de l'arrêt *Compagnie générale transatlantique* (C.E., 17 mai 1907) et de la décision *TEMPLIER c. Commune de Sempigny* (T.C., 1^{er} mai 1928).

³¹¹ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie générale transatlantique* (C.E., 17 mai 1907) [1908], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 692.

³¹² *Ibid.*

³¹³ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *Préfet du Rhône c. MEY* (T.C., 17 juin 1899) [1900], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 1 (1929), p. 242.

³¹⁴ *Id.*, p. 242-243.

Maurice HAURIOU vise pareillement ces contrats où « *les clauses sont débattues d'avance par les règlements de l'administration, tout comme elles le sont dans les marchés de travaux publics ou de fournitures par le cahier des charges* »³¹⁵. Cette note d'arrêt (avec la locution qui lui est attachée de « contrat de guichet ») n'est promue que dans la cinquième édition de son précis (1903)³¹⁶, avant de disparaître dans la suivante où il formalisa sa théorie de l'institution (1907). Notre auteur s'essaye à rendre compte d'un contrat qui, pour réunir l'élément résultant des consentements échangés, procède de la volonté unilatérale – et réglementaire – de l'une des parties, en occurrence l'administration gérant le service public. Il discerne la prégnance de la puissance publique qui n'est en somme que le reflet de l'institution en charge du service public. « *Les petits contrats administratifs sont des contrats réels* » affirme-t-il ; en ce sens que « *là où l'on ne saisit pas cette prestation, le contrat disparaît devant la situation réglementaire* »³¹⁷. Suivant une démonstration à travers laquelle Maurice HAURIOU expérimente encore une réflexion, il s'efforce de souligner qu'au-delà des ressemblances avec les contrats ordinaires, ces contrats de guichet ont de spécifique qu'ils sont un vecteur des services publics et offrent à l'usager d'accéder à une situation réglementaire – une situation établie comme il le dit plus tard. Ce sont « *des moyens d'exécution des services publics* » car ils « *sont associés à un mécanisme dont la marche régulière a besoin d'être assurée* »³¹⁸. Par cela même, le professeur toulousain insiste sur le fait qu'en passant ce contrat, l'usager ne se constitue pas un droit *personnel* vis-à-vis de l'administration gestionnaire, mais un droit *réel* sur une situation préalablement définie par celle-ci et qui lui permet de revendiquer la jouissance de certains avantages. C'est plus par l'exemple de la fonction publique qu'il illustrera les droits réels comme fondamentaux dans sa théorie de l'institution³¹⁹.

461. S'il prendra plus volontiers l'exemple de la fonction publique pour expliciter le concept de droit réel, c'est qu'entre la note d'arrêt précitée (1900) et les *Principes de droit public* (1910), ses réflexions ont mûri autant qu'elles se sont enrichies de celles de quelques autres. Après avoir formalisé sa théorie de l'institution (1907), il revient sur un arrêt de 1906 dans une note parue au *Recueil Sirey* en 1908. Ces dates ne sont pas fortuites : elles témoignent selon nous de l'inflexion donnée par Maurice HAURIOU à sa doctrine. En développant plus en avant les termes de ses réflexions, il remet en cause la nature contractuelle de ces « contrats de guichet » qu'il désigne plus volontiers comme des « contrats d'adhésion ». Ainsi relativement à un contrat d'abonnement aux services téléphoniques :

³¹⁵ *Id.*, p. 243.

³¹⁶ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (5^e éd., 1903), p. 206 (note de bas de page n° 2).

³¹⁷ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *Préfet du Rhône c. MEY* (T.C., 17 juin 1899) [1900], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 1 (1929), p. 243.

³¹⁸ *Id.*, p. 242-243.

³¹⁹ Cf. HAURIOU Maurice, *Principes de droit public...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1910), p. 167.

Le contrat d'abonnement n'est pas un acte juridique novateur. Il n'est qu'un contrat d'adhésion, et peut-être même faudrait-il supprimer le mot contrat, et dire un acte d'adhésion à un service organisé. Un tel acte n'a pas la vertu de nover les éléments juridiques du service et d'en former un tout qui serait exclusivement contractuel. Les éléments du service restent réglementaires et d'ailleurs dissociés³²⁰.

Dans cet arrêt du Conseil d'État dont il critique la solution, l'enjeu réside dans l'interprétation à donner à ces actes. Maurice HAURIOU conteste que l'utilisateur ait pu vouloir quoi que ce soit, sinon contracter. N'ayant pu discuter des clauses auxquelles il a souscrit, seule lui paraît décisive la volonté de l'administration qui décide unilatéralement de la teneur du contrat :

L'opération se décompose en l'émission d'une volonté réglementaire à laquelle une autre volonté vient adhérer. C'est la volonté réglementaire seule qui compte au point de vue de l'interprétation. C'est elle seule aussi qui compte au point de vue de la nature des recours qui peuvent être intentés³²¹.

Celui-ci n'est pas seul à rejeter la thèse contractuelle pour ces « contrats d'adhésion » passés avec l'un des services publics gérés par l'administration. Achille MESTRE – collègue du doyen HAURIOU à la faculté de Toulouse – estime dans le même sens :

L'idée du contrat doit être écartée de la question, qu'elle ne peut qu'obscurcir. Dans tous les cas, il ne saurait s'agir ici que de l'un de ces contrats d'adhésion, où l'égalité entre les deux volontés est rompue, où l'un des contractants est placé sous l'empire d'un régime juridique préétabli discrétionnairement par l'autre, et qui, à ce titre, exigent des procédés spéciaux d'interprétation. (...) Ici, la volonté dominante est celle de l'Administration ; elle seule a rédigé les règlements, arrêtés et circulaires qui ont fixé le régime des téléphones, sur lequel l'abonné ne peut rien ; le particulier qui sollicite un abonnement, une communication, est mis en présence d'un bloc administratif qu'il n'a le pouvoir ni la volonté de discuter. Il adhère ou non. Par son adhésion, il s'insère pour ainsi dire dans le service, se soumet au pouvoir réglementaire et à la discipline de l'Administration³²².

L'hypothèse institutionnelle est comme un prisme à partir duquel le doyen toulousain et certains de ses épigones ont bouleversé leur appréhension des choses. Dès 1900, celui-là exprime cette idée qu'il n'y a de contrat qu'en considération de la forme extérieure des choses. Si bien qu'en admettant l'existence d'un échange des consentements, il souligne la différence qu'il y a entre la réalisation réciproque d'obligations personnelles et l'adhésion à un statut présenté comme un droit réel, par lequel l'utilisateur jouit des prestations du service public.

L'institution est *source de droit réel* et non pas, comme le contrat, source d'obligations ; le droit réel traduit d'une façon directe l'existence de fait des êtres et des choses, tandis que l'obligation se rapporte à des actes. (...) Sans

³²⁰ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Demoiselle CHAUVIN dite SYLVIAC* (C.E., 23 mars 1906) [1908], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 2 (1929), p. 292.

³²¹ *Id.*, p. 293.

³²² MESTRE Achille, Note du jugement *DE MONTEBELLO c. Ministre des travaux publics, des postes, télégraphes et téléphones* (Trib. de la Seine, 11 avril 1911), in *Sirey* 1914. 2. 82.

doute, il y a du consentement dans l'institution, mais ce consentement, qui est l'acceptation d'un fait, n'a pas du tout le même objet que dans le contrat où il est l'acceptation d'un acte³²³.

462. Quoique la note précitée de Maurice HAURIOU ne fasse nullement allusion à la théorie de l'institution, la conception qu'il s'y fait du contrat d'adhésion participe de cet essai pour dépasser l'horizon doctrinal du contrat. Soustrayant le contrat d'adhésion aux actes du commerce juridique – selon sa terminologie particulière –, pour les verser à l'institution comme une « *adhésion au fait* »³²⁴.

La limite d'action du contrat du côté des institutions se marque en ce que, dès lors qu'on veut employer la forme contractuelle à sanctionner des situations qui, en réalité, sont institutionnelles, cette forme devient une pure apparence et le contenu réglementaire juge avec son enveloppe. Nous faisons allusion ici aux règlements contractuels, aux contrats d'adhésion, aux contrats collectifs, sur lesquels l'attention n'est appelée que depuis peu d'années, que les civilistes s'efforcent de tirer entièrement au contrat, mais qui résistent, et dont le moins qu'on puisse dire, c'est qu'ils constituent des formes transitoires conduisant à de véritables institutions. (...)

Toutes les fois qu'on voit apparaître dans un contrat la *lex*, le caractère réglementaire, on peut affirmer qu'il y a institution sous roche³²⁵.

Cette analyse s'éclaire par le scepticisme de certains à penser le contrat comme une figure principielle, susceptible d'appréhender l'ensemble des rapports juridiques suscités par la vie économique. « *Le contrat d'adhésion (...) n'est que (...) le contrat s'efforçant de singer l'institution. (...) Mais, peu à peu, l'institution sociale reprend de la force comme figure juridique et le contrat, après avoir régné souverainement dans le droit contemporain, va voir décliner son prestige* »³²⁶. Ce qui importe à notre sujet, c'est de souligner les efforts entrepris à disqualifier le contrat, pour attirer certains actes à un droit administratif dont l'essence fût hétérogène au contrat. La doctrine privatiste – poursuivie par certains administrativistes comme BERTHÉLEMY, voire BARTHÉLEMY – conçoit le contrat comme l'incarnation idoine de la liberté individuelle qu'il ne s'agit pas seulement de protéger, mais aussi de promouvoir comme la source de droit la plus à même d'organiser les rapports inédits qui se sont développés depuis le dernier tiers du XIX^e siècle. Un auteur comme Félix MOREAU entérine – à sa façon – cette conception en adaptant la figure contractuelle au droit administratif, par sa perméabilité avec la puissance publique. Ainsi à propos des marchés de fournitures

³²³ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.* (6^e éd., 1907), p. 24. Pour préciser sa doctrine telle qu'énoncée dans le même ouvrage, indiquons qu'il présente le statut – à la création duquel l'institution conduit – comme appartenant à « *la catégorie du droit réel, [en tant qu']il crée ou constate, tant pour la collectivité que pour les individus qui en sont membres, des situations statutaires, c'est-à-dire des situations qui s'analysent en des droits réels* ». À l'inverse des obligations personnelles créées par contrat, « *les droits individuels en lesquels se résout dans le régime d'État la situation statutaire des membres de l'État, sont des droits réels et non point des droits de créance sur l'État* » (*id.*, p. 23).

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ HAURIOU Maurice, *Principes de droit public...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1910), p. 211-212.

³²⁶ *Id.*, p. 212-213.

de l'État.

Les marchés passés par l'État, ceux du moins qui ont trait à un service public, comme ceux qui servent à l'entretien de l'armée, sont considérés comme des contrats de droit public : la puissance publique y est évidemment intéressée. Il en résulte des ressemblances avec le marché de travaux publics³²⁷.

D'un autre côté, quelques publicistes esquissent un cadre conceptuel qui, en marginalisant le contrat, met en exergue la conjugaison d'intérêts qui s'ajustent sur un temps long et qui se modulent suivant les adaptations requises ; plutôt qu'ils ne cristallisent des antagonismes individuels à travers une formule pétrifiante. C'est ce qui sous-tend en particulier la théorie de l'institution et, dans une autre mesure, les doctrines de DUGUIT et JÈZE. Stimulé dans un premier temps par les concessions, Maurice HAURIOU ne laisse d'étendre ses réflexions à certains marchés administratifs – notamment ceux de travaux publics – ainsi qu'à tous ces contrats passés par les usagers d'un service public.

Dans les contrats passés par l'administration publique et qui sont à base de règlement ou de cahier des charges, dans les adjudications, dans les abonnements au téléphone, *etc.*, l'institution existe, c'est l'administration elle-même ou c'est le service public³²⁸.

À notre sens, une telle conception fructifie davantage au sein de la doctrine publiciste, plus familière avec l'unilatéralité dont peuvent être affectés certains rapports ; ainsi qu'avec l'existence de personnes juridiques au regard desquelles les individus ne sont pas en contact comme des agents autonomes, mais plutôt associés à leur fonctionnement.

³²⁷ MOREAU Félix, *Manuel de droit administratif...*, *op. cit.* (1909), p. 785.

³²⁸ HAURIOU Maurice, *Principes de droit public...*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1910), p. 212.

Section 3. – Gaston JÈZE : un contempteur farouche du contrat *administratif*, suspect d'inféoder le droit public au droit privé

463. La fervente dénonciation d'un contrat administratif. – Après une lecture cursive de l'œuvre de Gaston JÈZE antérieure aux années 1920, nous n'avons pas trouvé qu'il ait employé la locution « contrat adhésion », sauf quelques allusions³²⁹. Cela dit sa doctrine emprunte pour beaucoup à celle de Léon DUGUIT – au moins dans les premières années 1900, avant qu'il ne se fasse de plus en plus critique vis-à-vis du doyen bordelais à partir de l'Entre-deux-guerres³³⁰. Il s'attache également à une théorie matérialiste de l'acte juridique qu'il affine entre la première et la deuxième édition de ses *Principes généraux du droit administratif*. Dans celle-ci, il donne son adhésion à une taxinomie très similaire à celle de Léon DUGUIT, si bien que nous nous dispensons de trop longs développements. Hormis quelques dissemblances mineures et une terminologie parfois différente, l'important réside dans une partition conceptuelle qui circonscrit le contrat – encore préfère-t-il parler de « *manifestation bilatérale de volontés* »³³¹ – à une hypothèse précisément déterminée et limitée :

L'acte créateur de situation juridique individuelle est la manifestation de volonté qui a pour effet de *donner naissance* à un pouvoir juridique *individuel*. (...)

Les actes créateurs de situation juridique individuelle se reconnaissent à leur *contenu juridique*, à l'effet juridique produit par la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte. (...)

Les actes unilatéraux et les contrats ont le même contenu juridique ; ils ont donc même nature juridique. Ils ne diffèrent qu'au point de vue de l'auteur de l'acte et des formes. (...) Dans l'acte bilatéral ou contractuel, l'effet juridique est produit par les manifestations de volonté de deux

³²⁹ Dans la deuxième édition de ses *Principes généraux de droit administratif*, Gaston JÈZE critique la doctrine de l'autonomie de la volonté en soulignant l'artificialité de certaines de ses applications. Et de viser « *tous les cas de gestion d'affaires, de délit civil, de quasi-délit civil* » (Paris, Giard & Brière, 1914 (2^e éd.), p. 24). Dans la troisième édition de cet ouvrage, il y ajoute un autre exemple : celui des « *"contrats d'adhésion"* » (Paris, Giard, 1925-1936 (3^e éd., 6 vol.), t. 1, p. 40). Cette augmentation intervient dans son cours de droit public de 1920-1921. Sauf erreur de notre part, ce n'est qu'à partir de cette époque qu'il s'empare des contrats d'adhésion pour en réfuter la pertinence au regard du droit administratif. Il se place sur le même plan que Léon DUGUIT en traitant de la nature juridique des liens qui rapprochent les usagers du gestionnaire d'un service public. Ce faisant il se range auprès de « *la majorité des publicistes [qui] repoussent la théorie du contrat d'adhésion ou de guichet* » (*Cours de droit public (licence) professé à la faculté de droit de Paris pendant le 2^e semestre 1920-1921*, Paris, Giard & C^{ie}, 1921, p. 155). D'une manière beaucoup plus explicite que dans ses écrits d'avant-guerre, il récrimine la théorie civiliste du contrat et son rapport hégémonique à la théorie des obligations. « *Lorsque des juristes sont obligés de qualifier un contrat pour expliquer certaines particularités, il y a les plus grandes chances pour que l'acte juridique ainsi qualifié ne soit pas un contrat. Tel est le cas pour le contrat d'adhésion. – De plus, beaucoup de civilistes ont une tendance à voir des contrats partout où il y a des obligations : c'est ainsi que très ordinairement, dans tout accord de volontés, ils voient un contrat. C'est là une erreur : tout contrat suppose bien un accord de volontés ; mais tout accord de volontés n'est pas un contrat* » (*ibid.*).

³³⁰ Cf. MASLARSKI David, « La conception de l'État de Gaston JÈZE », in *Jus politicum* 2011, n° 3 (disponible sur Internet).

³³¹ *Id.*, p. 25. « *Le contrat suppose (...) [que] les volontés concourantes doivent émaner d'individus dont chacun poursuit des effets juridiques différents, dont chacun veut produire des effets juridiques distincts. (...) C'est ce que marque très bien l'expression manifestation bilatérale de volontés. Elle est plus explicite que l'expression de contrat. Mais comme le mot contrat est d'usage courant et séculaire, c'est ce mot qui sera employé, sous le bénéfice des observations qui précèdent* » (*ibid.*).

individus ou de plusieurs individus voulant des effets juridiques différents, ces volontés étant déterminées l'une par l'autre³³².

Cette conception des choses l'amène à analyser l'arrêt *TERRIER* (1903) comme « *une manifestation unilatérale de volonté d'un agent administratif* »³³³. Si l'arrêt *THÉRON* (1910) lui fait dire que « *tous les actes se rattachant au fonctionnement des services publics, quels que soient ces actes (unilatéraux, contractuels, délits ou quasi-délits), soulèvent un contentieux de la compétence des tribunaux administratifs* »³³⁴, il rapproche ces deux arrêts en tant que l'un touche à un acte unilatéral d'un département, l'autre au contrat d'une commune. Est-ce comprendre que Gaston JÈZE participe à reconnaître les contrats administratifs – au sens où nous les entendons ? Il y aurait là une méprise. À notre sens, il estime comme Léon DUGUIT que cette distribution des compétences n'a aucune incidence sur la nature du Droit. Elle aide seulement à appliquer des théories spéciales aux actes administratifs, en confiant à des juges expérimentés des litiges qui mobilisent l'application de règles spécifiques du droit privé.

La spécialisation qui, à juste titre, tend à prévaloir partout, ne saurait être mauvaise en matière juridictionnelle. Sans doute, l'objection n'est pas une objection de principe ; elle vise en réalité le recrutement des tribunaux judiciaires. (...) Mais il faut tenir compte des faits. Or, nous voyons, d'un côté, des juges inhabiles aux questions administratives, et de l'autre des juges rompus à ces mêmes affaires. Cette constatation devait avoir une influence. C'est elle qui me paraît avoir conduit, en doctrine et en jurisprudence, à modifier pour la troisième fois (...) l'interprétation classique de la fameuse règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire³³⁵.

Cette spécialité du droit administratif qui n'a de sens qu'au point de vue de l'économie juridictionnelle, n'implique pas cette thèse d'après laquelle le droit administratif serait autonome du droit privé en impliquant la mobilisation de règles foncièrement spéciales. C'est précisément pour étayer cette dernière qu'il formalisa, dans les années 1920, une théorie des contrats administratifs. Cependant, c'est à tort que certains lui supposent un tel dessein dans les années d'avant-guerre.

464. En rapportant l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912), Gaston JÈZE dissipe l'anachronisme dans lequel pourrait donner une lecture trop rapide d'une œuvre évolutive (en dépit des apparences). Il faut avoir présent à l'esprit que les arrêts qu'il commente – parfois quelques années après – s'inscrivent dans un canevas dont le plan est celui *in fine* de ses *Principes généraux du droit administratif*, eux-mêmes nourris de ses enseignements dispensés à la faculté de Paris. Leur sélection qui n'a

³³² *Id.*, p. 24-25.

³³³ [JÈZE Gaston], Note sur l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in *L'année administrative* 1904, p. 216.

³³⁴ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *THÉRON c. Ville de Montpellier* (C.E., 4 mars 1910), in *R.D.P.* 1910, p. 250.

³³⁵ [JÈZE Gaston], Note sur l'arrêt *TERRIER c. Département de Saône-et-Loire* (C.E., 6 février 1903), in *L'année administrative* 1904, p. 207.

rien de fortuite, participe à développer une démonstration doctrinale. Il n'est pas impossible que le commentaire de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* eût été choisi avec discernement, car il le publia peu avant la deuxième édition de son traité (1914). En critiquant l'idée qu'il y eût deux genres de contrats (les uns administratifs, les autres ordinaires), il dénonça vigoureusement une opinion qui – de son point de vue – inféodait le droit administratif au droit privé. Le contrat renvoie si bien au droit privé qu'il ne concevait pas qu'il pût être employé dans le droit public, sauf à la marge. Or, son dessein consistait précisément à se représenter le droit administratif à partir de fondements spécifiques du droit privé, ce qu'explicite son doctrine d'après laquelle « *le service public est la pierre angulaire du droit administratif français* »³³⁶.

Il y aurait donc [suivant les conclusions prononcées par Léon BLUM], pour assurer le fonctionnement des services publics, deux sortes de *contrats* : il y aurait les *contrats administratifs* et les *contrats ordinaires*. Le critérium serait la *forme*, la *contexture*, la *nature propre*.

Que voilà donc des formules précises et lumineuses !³³⁷

L'emploi du conditionnel marquant son détachement, Gaston JÈZE dénonce un critérium affecté de « *subtilités profondément regrettables et tout à fait inutiles* »³³⁸. Au-delà de ce qui lui paraît être des byzantinismes, c'est l'idée même de contrat administratif qui lui fait horreur, car incompréhensible à l'aune de sa conception matérialiste des actes juridiques.

Le critérium du *service public* est très simple, logique, satisfaisant. Restons-en là et écartons toute distinction subtile entre les *contrats administratifs* (??) et les *contrats ordinaires* !³³⁹

Il discrédite suffisamment la locution « contrat administratif » pour admettre qu'elle ne trouve aucune place dans sa doctrine. D'ailleurs, jamais il ne l'emploie, sauf pour en faire la critique. Si, à l'instar de la doctrine duguiste, il distingue les actes administratifs unilatéraux et les actes administratifs contractuels, cette typologie s'articule à une théorie des actes juridiques, et non pas à une théorie des contrats administratifs. Laquelle, quelques temps plus tard, s'est développée à partir d'une théorie de la collaboration aux services publics. En somme, l'architecture de la théorie de Gaston JÈZE ne se prête pas à recevoir – avant les années 1920 – cette idée d'un contrat administratif. Elle y est pour le moins réfractaire, sinon farouchement opposée.

³³⁶ Il l'affirme dans un premier temps en allemand dans cet ouvrage : *Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik* (1913), publié dans une collection dirigée par Georg JELLINEK : *Das öffentliche Recht der Gegenwart*. Peu après, il soumet sa doctrine au lectorat français avec la deuxième édition de ses *Principes généraux du droit administratif* (1914), dont l'introduction a reçu la publicité d'un article publié à la *Revue de droit public* : « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux » (1914, p. 318).

³³⁷ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in *R.D.P.* 1914, p. 151.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Id.*, p. 153.

465. Sa méfiance vis-à-vis du contrat administratif, compris comme un emprunt civiliste. – Dans son commentaire de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, il y dénonce le peu de cas que le juge administratif pouvait faire des préoccupations d'utilité pratique³⁴⁰. Chose sur laquelle il revient quelques mois après en publiant dans la *Revue du droit public* sa préface de la deuxième édition de ses *Principes généraux du droit administratif*. Il y souligne ce que le droit administratif contemporain avait de radicalement nouveau, présentant à cet égard le service public comme la « *la pierre angulaire du Droit administratif français* »³⁴¹. C'est pourquoi une nouvelle terminologie juridique lui semblait s'imposer :

Il conviendrait maintenant, pour exprimer ces idées nouvelles, de renoncer à la terminologie courante. (...)

La terminologie usitée a été empruntée tout entière au droit privé. Cela s'explique. Pendant très longtemps et jusqu'à ces dernières années, le Droit public a consisté en des adaptations de théories civilistes. En d'autres termes, on croyait pouvoir résoudre les problèmes du droit public par les solutions juridiques imaginées pour résoudre les relations entre particuliers³⁴².

Le « contrat administratif » figure en tête de ces locutions qu'il réproouve comme dangereuses et encombrantes pour fonder un droit administratif moderne. « *Il conviendrait d'adopter une terminologie moins defectueuse. Il faudrait renoncer à ces expressions de contrat administratif, (...) puisqu'il est bien entendu que le prétendu contrat administratif ou de droit public diffère essentiellement du contrat de droit privé* »³⁴³.

Cette terminologie vicieuse est pleine d'inconvénients. Les mots ont une puissance. Ils évoquent des idées. Dans l'esprit du juriste, le mot contrat, par exemple, évoque, par lui seul, une série de conséquences ; or, il ne faut pas les appliquer à l'acte juridique improprement qualifié contrat administratif ou de droit public³⁴⁴.

Cette diatribe n'intervient pas au hasard des choses. Le commentaire de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* dont nous avons dit dans de précédents développements qu'il était resté relativement inaperçu auprès de la doctrine administrative³⁴⁵, intervient peu avant la publication de la préface précitée pour – nous semble-t-il – aménager le lectorat en faveur de ses idées. La locution « contrat administratif » est condamnable parce qu'elle donne lieu à des complications inutiles et préjudiciables aux justiciables (ce qui est dit dans sa note critique) ; en plus de freiner l'épanouissement d'une doctrine administrative à laquelle une terminologie

³⁴⁰ *Id.*, p. 152.

³⁴¹ JÈZE Gaston, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », in *R.D.P.* 1914, p. 318.

³⁴² *Id.*, p. 318-319.

³⁴³ *Id.*, p. 319-320.

³⁴⁴ *Id.*, p. 321.

³⁴⁵ Cf. le chapitre 3, titre I, seconde partie (spéc. les § 348-349).

adéquate lui est indispensable (ce qui est dit dans la préface publiée à la *Revue du droit public*). C'est principalement en tirant partie de l'exemple du « contrat administratif » qu'il s'efforce de convaincre de cette dernière nécessité. Celle de réformer la langue et de poursuivre les efforts portés à dégager « *les principes juridiques qui dominent l'ensemble des institutions du Droit administratif français* »³⁴⁶. Nulle part dans cet exposé programmatique ne figure une théorie générale des contrats administratifs. S'il regrette que les contrats passés pour le fonctionnement des services publics ne ressortissent pas tous à la juridiction administrative, il ne suggère pas que de tels contrats soient soumis à des règles autonomes du droit privé. Il l'indique en rappelant l'arrêt *THÉRON* : « M. PICHAT avait affirmé que le contrat de louage de service intervenu entre une ville et un entrepreneur, ayant pour objet l'exécution d'un service public (...), bien que régi par les articles 1710, 1779 et 1780 du Code civil, est de la compétence du Conseil d'État, juge ordinaire du contentieux administratif »³⁴⁷. Les mots en italique laissent supposer que le droit applicable ne lui paraît pas nécessairement commander la compétence administrative. La gestion publique renvoie à l'emploi de procédés unilatéraux ; les contrats en tant que tels participent essentiellement de la gestion privée.

466. Que de contrastes entre ses *Principes généraux du droit administratif* de 1914 et les articles de Gaston JÈZE publiés à la *Revue du droit public* immédiatement après la Première Guerre mondiale³⁴⁸ ! Dans son ouvrage, il est peu question des marchés administratifs lorsqu'en 1918 il n'hésite pas – aux côtés d'André MOREL³⁴⁹ – à traiter des « *marchés de service public* »³⁵⁰. Il faut avoir à l'esprit que la locution « concession de service public » ne revêtait pas alors la même précision que de nos jours. Dans les premières décennies du XX^e siècle, elle s'employait tout aussi bien pour désigner un contrat formellement désigné comme un marché. « Concession de service public », « marché de travaux publics » et « marché de fournitures » ne désignaient pas des catégories auxquelles les administrativistes auraient imputé des régimes juridiques spécifiques. Ces qualifications n'avaient tout au plus qu'une portée contentieuse, dans la mesure où la loi du 28 pluviôse an VIII (pour les marchés de travaux publics) et le

³⁴⁶ *Id.*, p. 311.

³⁴⁷ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in *R.D.P.* 1914, p. 146.

³⁴⁸ Il faut noter – par un effet de contraste – que Gaston JÈZE conserve à la troisième édition (1925) de ses *Principes généraux du droit administratif* la préface de la deuxième édition (1914). Ce qu'il y a de curieux, c'est qu'il formalise dans le même temps sa théorie des contrats administratifs (1925). À l'instar de l'œuvre de Maurice HAURIOU, celle de Gaston JÈZE n'est pas exempte de contradictions. Elle procède de réflexions qui se sont développées sur plusieurs décennies. La révision de ses écrits, qu'il augmente sans cesse, n'élimine pas toujours les inflexions de certaines de ses idées. Les contradictions qui en résultent sont d'autant plus intéressantes pour l'historien qu'elles marquent des évolutions qui ne peuvent pas s'apercevoir à la seule lecture de la troisième et dernière édition de son traité.

³⁴⁹ Professeur à la faculté de Lille, André MOREL publia en 1918 un ouvrage injustement oublié et intitulé : *Les marchés de fournitures des départements de la guerre et de la marine pendant les hostilités*.

³⁵⁰ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (C.E., 8 février 1918), in *R.D.P.* 1918, p. 219.

décret du 11 juin 1806 (pour les marchés de fournitures de l'État) y recouraient pour établir la juridiction administrative. Dans son commentaire de l'arrêt *THÉRON*, Gaston JÈZE – à l'instar de ses contemporains – use indifféremment de l'un et l'autre terme pour désigner la même réalité des choses. Ainsi il écrit par exemple : « *Les taxes et la valeur [des] dépouilles [animales] constituaient la rémunération assurée par le marché au concessionnaire* »³⁵¹. Ses *Principes généraux du droit administratif* montre toute la considération dont il crédite la concession de service public. Elle est un segment important de sa théorie du droit administratif, toute entière fondée sur le concept de service public³⁵². Aussi reçoit-elle une définition sûre et dont la rigueur ne laisse rien à désirer. Le terme de « marché » – quant à lui –, ne recouvrant rien de précis, s'emploie ici et là sans beaucoup d'incidences dans son œuvre. Dans l'arrêt *THÉRON*, c'est de concession de service public dont il est question à proprement parler – ce dont celui-ci rend compte. Or c'est d'après la définition qu'il s'en fait qu'il devient possible de comprendre comment cet auteur – avec d'autres comme Léon DUGUIT – a pu faire l'économie du concept de contrat administratif sans manquer d'intelligence dans son appréhension de la pratique contractuelle de l'administration. À l'instar du doyen bordelais, celui-là en use comme d'un procédé technique pour associer un particulier au fonctionnement d'un service public dont les modalités sont évolutives, tout en le situant vis-à-vis de l'administration dans une « *situation juridique individuelle* » qui par nature est « *intangible* »³⁵³.

- 467. La concession de service public : l'ajustement d'une situation contractuelle à un régime réglementaire.** – En élaborant une taxinomie des actes juridiques selon les effets qu'ils produisent, Gaston JÈZE admet que dans sa théorie matérielle des actes juridiques, il lui est nécessaire « *de faire des séparations, des analyses minutieuses* » pour rendre compte du fait que souvent une opération juridique est « *un composé d'actes juridiques de natures différentes* »³⁵⁴. Il en est ainsi du cahier des charges de concessions pour lesquelles :

Le cahier des charges est un document qui contient des actes juridiques de natures bien différentes. Il y a d'abord l'organisation d'un service public. (...) Cet acte a un caractère général et impersonnel. Il a donc un *contenu législatif* ; c'est une loi, un règlement proprement dit. Mais il y a, en outre, des stipulations déterminant, *d'une manière particulière*, les sommes à payer à X concessionnaire, les obligations particulières de X concessionnaire. Ces actes

³⁵¹ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *THÉRON c. Ville de Montpellier* (C.E., 4 mars 1910), in *R.D.P.* 1910, p. 257.

³⁵² Cela ressort assez bien du plan de la deuxième édition de ses *Principes généraux du droit administratif*. Sous la partie consacrée au service public, il envisage successivement – après un chapitre général – les acteurs du service public selon leur lien de dépendance avec l'administration centrale : les établissements publics puis les concessionnaires. Nous n'y trouvons aucun développement sur les « contrats administratifs » comme s'ils eussent constitué un mode particulier de gestion des services publics.

³⁵³ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, *op. cit.* (2^e éd., 1914), p. 121.

³⁵⁴ *Id.*, p. 43.

n'ont plus le caractère législatif : ce sont soit des actes créateurs de situations juridiques individuelles, soit des actes-conditions, *etc.* Dès lors, le juriste doit procéder à une analyse minutieuse, rechercher, ce qui, dans ce document unique, est *loi* ou *règlement*, ce qui est *contrat*, ce qui est *acte-condition*³⁵⁵.

D'après cette approche, il n'y a aucune place pour des contrats administratifs qui fussent distincts des contrats de droit privé. Une telle dichotomie aurait été absconse. En concevant un contrat suivant les effets juridiques qu'il génère, Gaston JÈZE l'appréhende toujours comme instituant une situation juridique individuelle. Les caractères de celle-ci sont invariables – et ils le sont d'autant plus que la forme de l'acte dont elle procède lui est indifférente, qu'il s'agisse d'un acte unilatéral ou d'un acte bilatéral³⁵⁶. Cet auteur est antipathique – au moins jusqu'au début des années 1920 – à l'idée de contrat administratif parce qu'il appréhende la concession de service public comme un acte complexe au sein duquel cohabitent des actes générant une situation juridique générale et impersonnelle, avec une situation juridique individuelle. Le procédé du service public duquel relève la concession de service public, est *objectif*. En ce sens que Gaston JÈZE se le donne comme l'aune à partir de laquelle il développe sa doctrine et à laquelle celle-ci se rapporte.

Dire que, dans telle hypothèse, il y a service public, c'est dire que, pour donner satisfaction régulière et continue à telle catégorie de besoins d'intérêt général, il y a un régime juridique spécial et que ce régime peut être modifié à tout instant par les lois et règlements.

Toutes les fois qu'on est en présence d'un service public proprement dit, on constate l'existence de règles juridiques spéciales, de théories juridiques spéciales, qui, toutes, ont pour objet de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public, de donner plus rapidement et le plus complètement possible satisfaction aux besoins d'intérêt général ; et ces règles, pour ces raisons mêmes, sont susceptibles d'être modifiées à tout instant³⁵⁷.

Ce qui lui fait dire plus loin que le service en tant que tel est « *un procédé (...) pour donner satisfaction à des besoins d'intérêt général* », si bien que s'y déploie l'application d'un « *régime juridique spécial* : ce régime est légal et réglementaire »³⁵⁸. Est-ce le seul procédé ? Non – il y oppose le procédé du droit privé qui « *suppose essentiellement des rapports d'égalité* ». Seulement, il note que « *les agents se servent rarement du procédé du droit privé* »³⁵⁹ ; le seul exemple qu'il présente est celui tiré de la gestion des théâtres et des casinos municipaux.

[L'usage du procédé du service public] est si fréquent qu'il semble qu'il ne soit jamais fait emploi du procédé de droit privé³⁶⁰.

³⁵⁵ *Id.*, p. 45.

³⁵⁶ *Id.*, p. 23 *sq.*

³⁵⁷ *Id.*, p. 242-243.

³⁵⁸ *Id.*, p. 247.

³⁵⁹ *Id.*, p. 378.

³⁶⁰ *Ibid.*

Les cinq pages qu'il consacre au procédé de droit privé indiquent suffisamment l'importance qu'il lui confère dans sa théorie. C'est un appendice qui lui ouvre un pont vers le droit civil, et par lequel il résout la dialectique entre droit privé et droit public, faite d'emprunts et d'influences réciproques.

468. À vrai dire, la comparaison entre les passages précités et ceux qui y correspondent dans la troisième et dernière édition des *Principes généraux du droit administratif* achève d'expliquer les choses. La consécration jurisprudentielle de la théorie de la gestion privée dans les années 1920 a profondément bousculé la doctrine de Gaston JÈZE qui ne concevait pas – pas du moins explicitement – que les agents publics pussent disposer du choix entre le procédé du service public et celui du droit privé pour la satisfaction des besoins d'intérêt général.

Le procédé du droit privé, qui ne fait pas passer l'intérêt général avec les intérêts privés, qui place l'un et les autres sur la même ligne, n'est pas le procédé convenable [pour la satisfaction d'un besoin où l'intérêt général est prégnant]. Voilà pourquoi il est naturel que le procédé du service privé soit d'un usage *de plus en plus restreint*, à mesure que s'impose davantage l'idée de la suprématie de l'intérêt général.

Un exemple d'emploi du procédé du droit privé est celui des *théâtres nationaux*, des *théâtres ou casinos municipaux*.

Ici, l'intérêt général auquel il est donné satisfaction n'est pas considéré comme de grande importance. Dès lors, la loi ne l'a pas rangé parmi les hypothèses pour lesquelles le procédé du service public est légitime. Les moyens juridiques du droit privé sont donc seuls possibles³⁶¹.

En somme, il s'agit d'insister sur la similarité des doctrines de DUGUIT et JÈZE, lesquelles envisagent – suivant une analyse matérialiste – les actes juridiques pour ce qu'ils se donnent à être d'après les effets juridiques qu'ils sont destinés à produire. « *Les actes unilatéraux et les contrats ont le même contenu juridique ; ils ont donc même nature juridique. Ils ne diffèrent qu'au point de vue de l'auteur de l'acte et des formes* »³⁶². Aussi le contrat ne peut-il être que d'un seul genre. À l'instar de Léon DUGUIT, son épigone rejette fermement l'idée de contrat administratif. Dans tout ce qui touche à l'organisation et au fonctionnement d'un service public auquel un particulier serait associé, il est placé dans une situation *objective*, c'est-à-dire une situation *légale* susceptible d'être modifiée à tout moment. La doctrine de Gaston JÈZE est profondément marquée par les réflexions contemporaines aux années précédant la Première Guerre mondiale. Le contrat en tant que tel est relégué aux confins du droit public, qu'il soit nié pour les relations juridiques intéressant les agents du service public³⁶³, ou qu'il soit cantonné aux marges pour les concessions de service public³⁶⁴. Sans être exclu du droit public, il est réduit à une hypothèse dont les termes employés

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Id.*, p. 24.

³⁶³ *Id.*, p. 406 *sq.*

³⁶⁴ *Id.*, p. 283 *sq.*

à l'identifier sont assez différents de ceux rencontrés en droit privé. Par des motifs analogues à ceux de Léon DUGUIT qui redéfinit le contrat d'adhésion en acte unilatéral, Gaston JÈZE s'efforce d'accuser les mutations qui peuvent s'observer dans les modes dont use l'État. En ce sens, il participe pleinement de la doctrine publiciste positiviste de son temps. La puissance génératrice de la volonté individuelle, au fondement de la doctrine de l'autonomie de la volonté, est nettement réprouvée.

L'ancienne classification [entre les actes de puissance publique et les actes de gestion] étaient dominée par un fait, qui paraissait extraordinaire aux civilistes qui, par occasion, s'occupaient de droit public : l'effet juridique est produit par une volonté émanant d'un seul côté. Ce phénomène – auquel les civilistes n'étaient pas accoutumés – ne pouvait s'expliquer, à leur avis, que par la nature surhumaine de l'État et par sa volonté suprahumaine. En réalité, l'analyse juridique permet de découvrir, en droit privé, nombre de cas où l'effet juridique est produit par la volonté unilatérale³⁶⁵.

³⁶⁵ *Id.*, p. 24 (note de bas de page n° 2).

469. Conclusion du titre III. – Avant que dans les années 1920 le contrat administratif ne fût conceptualisé *via* l'assimilation au droit administratif du contrat, celui-ci fut un concept proprement civiliste. Employé à caractériser le droit privé, il fut attiré par la doctrine privatiste pour composer son identité. Avec le sentiment d'incarner authentiquement la culture juridique, cette doctrine (essentiellement universitaire) fut dans son ensemble réfractaire aux évolutions sociales qui impliquaient une perméabilité avec des sciences nouvelles. Dans un vis-à-vis académique où la doctrine publiciste se montrait plus réceptive (notamment) à l'économie politique et la sociologie, celle-ci fut spécialement dévalorisée. À quoi s'ajouta une appréhension dépréciative du droit public qui ne se réduirait qu'à une somme de réglementations spéciales, précaires et impératives. Cela servit à souligner, par l'effet d'un contraste recherché, les principes immarcescibles du droit privé. Monopolisée par la doctrine civiliste, la définition classique donnée au contrat fut impropre à rendre compte des relations juridiques inédites, irréductibles à une doctrine de l'autonomie de la volonté placée aux fondements de la théorie des obligations par les civilistes orthodoxes. C'est pourquoi le contrat fut suspect aux publicistes qui n'y virent au cours de ces décennies qu'une ombre du droit privé, menaçante pour l'identité du droit public à laquelle ils œuvraient. Ils furent, en effet, soucieux de lui conférer ses lettres de noblesse en le présentant comme un droit autonome du droit privé, quoique *proprement* juridique. C'est-à-dire un droit élaboré sur des principes qui pussent sublimer les législations particulières et corruptibles ; un droit dont les ressorts ne fussent pas liés au droit privé, sans cesser d'être lui aussi protecteur des individus. Le contrat d'adhésion illustre ces tensions sous-jacentes à l'ensemble de la doctrine juridique, en même temps qu'il souligne les mutations affleurant des pratiques contractuelles contemporaines. Pour la plupart, les privatistes rejetèrent cette locution doctrinale comme subversive de la doctrine de l'autonomie de la volonté, sauf à en suggérer quelques accommodements susceptibles d'en atténuer les rigueurs. Les publicistes reconnurent la pertinence de cette locution doctrinale tout en la dépassant, afin de privilégier une analyse qui considérât les relations juridiques comme un faisceau de volontés unilatérales. Dès lors, supposer que le contrat administratif eût été conceptualisé dans les années d'avant-guerre, c'est méconnaître les efforts dont les publicistes firent montre pour saisir les mutations du Droit au travers de l'unilatéralité des rapports juridiques. Bien qu'admise de nos jours, la thèse suivant laquelle la genèse de cette théorie est contemporaine du début du XX^e siècle, est contredite par l'inclination des publicistes à marginaliser le contrat – étant entendu que son acception était exclusivement liée à la doctrine de l'autonomie de la volonté. Sans nier leur nature consensuelle, les concessions de service public furent conçues sous un biais qui fit ressortir leurs aspects unilatéraux. Si les publicistes se désintéressèrent des marchés de fournitures de l'État dans leurs réflexions théoriques, ce fut précisément au titre des nombreuses similitudes que ces contrats partageaient

avec ceux du code civil – suscitant ce faisant une confusion gênante. Penser qu'ils eurent le souci de dégager une théorie des contrats administratifs, c'est négliger leurs préoccupations qui furent très éloignées d'un tel dessein. Aucun des administrativistes précités n'a entrepris de promouvoir le concept du contrat administratif avant l'Entre-deux-guerres. La formalisation d'une théorie des contrats administratifs par Gaston JÈZE est une entreprise doctrinale des années 1920³⁶⁶. Pour s'en convaincre un peu plus, il suffit de considérer deux points sur lesquels nous nous sommes attardé dans les deux titres précédents. D'une part, la locution « contrat administratif » fut employée à désigner spécialement les contrats soumis à la juridiction administrative. En ce sens, les administrativistes lui conférèrent une signification purement contentieuse³⁶⁷. D'autre part, ils n'ont jamais appréhendé ces contrats administratifs comme s'ils constituaient une catégorie homogène. Ils ont dissocié ceux des contrats dont l'analyse les portait à spécifier les caractères du droit public (les concessions de service public, et dans une moindre mesure les marchés de travaux publics). Marchés et concessions n'ont jamais désigné des catégories définies qui se seraient articulées à un concept générique du contrat administratif, spécial au droit public³⁶⁸.

³⁶⁶ Cf. le titre IV, seconde partie.

³⁶⁷ Cf. le titre I, seconde partie.

³⁶⁸ Cf. le titre II, seconde partie.

TITRE IV

DE L'ACCULTURATION DU CONTRAT À LA THÉORISATION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS (1914-1960)

470. En étant attiré à l'identité du droit privé, le contrat demeura dans la mouvance de la doctrine civiliste qui en monopolisa la valeur doctrinale. La consécration de la doctrine de l'autonomie de la volonté au début du XX^e siècle exacerba encore cette appropriation. Son acception libérale fut un canon de la doctrine privatiste (particulièrement parisienne) à laquelle d'ailleurs la doctrine publiciste parisienne (notamment BERTHÉLEMY et JACQUELIN) ne fut pas insensible. Par un phénomène de répulsion, une grande partie de la doctrine publiciste le repoussa comme incapable à caractériser le droit public. Cependant, la Grande Guerre provoqua de profonds bouleversements qui préoccupèrent gravement la doctrine juridique – et parmi lesquels la question de la stabilité des relations contractuelles. La Cour de cassation persista dans son refus de consacrer la théorie de l'imprévision en conservant à celle de la théorie de la force majeure une portée stricte. Les réactions que provoqua sa jurisprudence – notamment dans les milieux commerçants, et plus encore à Paris – conduisirent le parlement à discuter d'une proposition de loi destinée à introduire l'imprévision pour les marchés commerciaux. À peu près concomitamment, le Conseil d'État prit le contre-pied de la Cour de cassation en rendant son arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (1916). Antinomique de la doctrine de l'autonomie de la volonté, la théorie de l'imprévision éprouva le contrat dans son acception classique. Seulement, les débats traversèrent de part en part la doctrine juridique tout en élevant la question au point de vue jurisprudentiel et parlementaire. C'est la raison pour laquelle il s'ensuivit une partition doctrinale qui favorisa la coexistence – consentie, voire même encouragée par les privatistes – d'une pluralité d'appréhensions susceptible de reconnaître deux idées du contrat (**chapitre 1**). La Grande Guerre se fit encore sentir en confrontant le Conseil d'État à un contentieux contractuel exponentiel. Tandis que les réformes engagées pour réformer la juridiction administrative peinaient à aboutir, celui-ci avec le concours du Tribunal des conflits modifia les contours du contentieux administratif en se donnant du contrat administratif une définition contentieuse sensiblement différente de celle de l'avant-guerre. D'où le développement de la théorie de la gestion privée qui n'était jusqu'alors qu'une hypothèse marginale. La doctrine publiciste fut ainsi confrontée à une situation inédite. Avec la théorie de l'imprévision, elle fut en mesure de

s'approprier le contrat sans craindre de renoncer à son autonomie vis-à-vis de la doctrine privatiste. Avec la systématisation de la théorie de la gestion privée, les limites entre contentieux administratif et contentieux judiciaire devinrent plus poreuses, sinon déterminées par une casuistique. La théorie des contrats administratifs participe de ces bouleversements sans la considération desquels sa genèse demeure incompréhensible (**chapitre 2**). Ce n'est pas tout d'examiner la conceptualisation du contrat administratif en rendant compte de la contingence de cette entreprise doctrinale. La théorie afférente ne fut – lors de ses premières énonciations – qu'un essai *doctrinal*, d'ailleurs concurrencé par d'autres. Si aujourd'hui elle nous est familière, elle ne s'imposa pas pour autant d'elle-même. Nous nous emploierons à expliquer ce qui a favorisé son hégémonie, lors même que les critiques à son endroit se multipliaient dans les années 1950 (**chapitre 3**). Soucieux d'aborder la genèse de la théorie des contrats administratifs jusqu'à sa consécration académique, nous sommes amené à embrasser l'Entre-deux-guerres jusqu'aux années 1960 – date à laquelle les études de droit ont été réformées.

Chapitre premier

D'un contrat menacé par l'imprévision à une duplication du contrat

471. Les facultés de droit ne sont pas restées à l'écart des célébrations du centenaire de la Première Guerre mondiale. À cet égard, elles ont souligné comment la doctrine publiciste en fut affectée. C'est ce colloque organisé sur « le droit public et la Première Guerre mondiale »¹ ; celui sur « le Conseil d'État et la Grande Guerre »² ; cet autre sur « la Grande Guerre et le droit public »³ ; ou encore celui sur « la Grande Guerre et le droit »⁴. Ces conférences n'explicitent pas seulement la compénétration entre la guerre et le Droit. La Grande Guerre suscita peut-être un droit d'exception – qu'interroge précisément le professeur SAINT-BONNET⁵. Les difficultés qu'elle souleva emportèrent plus encore de nombreux bouleversements qui ne purent être tous cantonnés à la périphérie du Droit. Les commotions qui en résultèrent ont interrogé la doctrine publiciste sur sa faculté à accompagner la mobilisation du droit en l'inscrivant dans la linéarité des discours doctrinaux préexistants. C'est ce à quoi s'est attaché par exemple Marc MILLET⁶. Le professeur ROLIN a présenté une étude spécialement consacrée aux contrats de l'administration. Il y glisse des réflexions terminales qui intéressent directement notre propos, autant par les hypothèses qui y sont avancées que par les biais qu'elles entérinent.

Les évolutions que connaîtra le droit des contrats administratifs après la guerre ne prendront leur sens que lorsque l'on aura constaté que la guerre n'était pas une parenthèse, mais a provoqué un bouleversement des configurations économiques et administratives qui va se révéler durable. (...)

Ainsi, il est possible de considérer que la Première Guerre mondiale marque la fin de la période de construction classique du droit des contrats administratifs et l'entrée dans une nouvelle époque qui ne se clôt pas en 1918, mais sans doute en 1940 ou en 1945⁷.

¹ Il s'agit des journées d'études (6 et 13 mars 2015) organisées par le centre Cultures du droit public (université Panthéon-Assas) et l'Institut Michel-Villey (université Panthéon-Assas), dont plusieurs contributions ont été publiées dans la revue *Jus Politicum* (2016, n° 15).

² Il s'agit d'un colloque organisé par le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative les 20 et 21 novembre 2015.

³ Il s'agit d'un colloque organisé par les universités de Bourgogne et Pierre-Mendès-France de Grenoble les 26 et 27 novembre 2015.

⁴ Il s'agit d'un colloque international organisé par le Centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique (université Jean-Moulin), les 23 et 24 juin 2016.

⁵ SAINT-BONNET François, « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La Grande Guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception », in *Jus Politicum* 2016, n° 15 (disponible sur Internet).

⁶ MILLET Marc, « La doctrine juridique pendant la guerre : à propos de Maurice HAURIOU et de Léon DUGUIT », in *Jus Politicum* 2016, n° 15 (disponible sur Internet).

⁷ ROLIN Frédéric, « Les contrats de l'administration et la Première Guerre mondiale », in *Jus Politicum* 2016,

Nous partageons cette opinion du professeur ROLIN, selon qui la guerre a emporté des mutations auxquelles les contrats de l'administration ne sont pas restés indifférents. La doctrine administrative de l'Entre-deux-guerres a posé une somme de réflexions dont la thèse de Georges PÉQUIGNOT (1945) constitue – de manière un peu caricaturale – un jalon décisif. Nous admettons toujours que ses efforts ont déployé des généalogies jurisprudentielles qui s'ancrèrent dans les années d'avant-guerre, parfois même jusque dans le second XIX^e siècle. Cela étant, c'est trop vite affirmer qu'il y eût un âge classique du droit des contrats administratifs auquel la Grande Guerre vînt mettre fin.

Il est possible de considérer que la Première Guerre mondiale marque la fin de la période de construction classique du droit des contrats administratifs et l'entrée dans une nouvelle époque qui ne se clôt pas en 1918, mais sans doute en 1940 ou en 1945⁸.

Certes, les jurisprudences des années 1900 ne perdirent pas toute leur contemporanéité ; mais ont-elles seulement été reçues – dans l'Entre-deux-guerres – en des termes similaires à leur réception originelle ? Nous nous sommes précédemment essayé à démontrer qu'aucune théorie des contrats administratifs n'avait été développée dans les années d'avant-guerre⁹. Cette locution était usitée dans une acception purement contentieuse, traversées par des préoccupations assez analogues à celles des administrativistes du second XIX^e siècle – quoiqu'en des termes spécifiques. Le fil de notre thèse nous engage à poursuivre cette hypothèse en explicitant les ressorts doctrinaux qui ont précipité une théorisation des contrats administratifs. C'est-à-dire la formalisation d'une théorie propre à certains contrats de l'administration, distingués non plus essentiellement par un juge spécial mais plus fondamentalement par la mobilisation d'un régime juridique formellement différent du droit civil. Plus encore, notre ambition s'appliquera à expliciter les enjeux qui ont sous-tendu ces entreprises doctrinales.

472. À cet égard, la théorie de l'imprévision telle que consacrée par le Conseil d'État – en 1916 – eut un rôle déterminant. Moins à raison du principe lui-même dont le caractère novateur ne doit pas être exagéré, qu'à raison de la réception qu'en firent les doctrines privatiste et publiciste. Pour apprécier cette inflexion, il faut convenir que pour être usuelle, la locution « contrat administratif » ne revêtait pas, dans les années 1900, le même sens que nous lui désignons aujourd'hui. Il serait inexact d'affirmer qu'elle eût été comprise suivant une acception univoque. C'est pourquoi il est

n° 15 (disponible sur Internet), p. 17-18.

⁸ *Id.*, p. 18. Comp. YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 2013. Celui-ci situe la formation d'un droit des contrats administratifs dans le premier tiers du XX^e siècle : « *Les arrêts fondateurs sont pour l'essentiel rendus dans les premières années du XX^e siècle (les "Trente Glorieuses du droit des contrats administratifs", entre 1902 et 1932)* » (p. 19).

⁹ Cf. le chapitre 3, titre I, seconde partie.

prudent de ne pas trop vite discerner dans les discours doctrinaux qui en firent l'emploi, les prémices d'une théorie. Le plus sûr moyen de s'en convaincre, c'est de reconnaître qu'*in fine* aucun administrativiste n'exprima à l'époque l'ambition de formaliser une telle théorie. Jusque dans les années 1920, les contrats administratifs ont été ceux pour lesquels la juridiction administrative était compétente. S'il était admis que les règles s'y appliquant n'étaient pas rigoureusement similaires à celles du droit privé, l'idée qu'ils pussent constituer une catégorie de contrats singulière, resta étrangère aux administrativistes. D'aucuns ont pu tenir des propos qui, d'un point de vue rétrospectif, peuvent s'interpréter en ce sens. Nous pensons notamment à Édouard LAFERRIÈRE qui présenta le marché de fournitures comme un « *contrat sui generis* »¹⁰. Mais c'est tenir compte du texte sans le contexte qui l'informe. Le contrat public compris comme un contrat propre au droit public et génériquement différent du droit privé, fut – au cours des années d'avant-guerre – systématiquement rejeté par la doctrine administrative comme une aporie. Léon DUGUIT, Henry BERTHÉLEMY, Gaston JÈZE ou encore Maurice HAURIOU n'ont jamais manqué de manifester leur désapprobation lorsque le Conseil d'État l'employa pour appréhender certaines questions liées à la fonction publique.

Nul n'a jamais su dire ce qu'était un *contrat de droit public*, si ce n'est que ce n'était pas un *contrat* comme tous les autres. Et dès lors, puisqu'un contrat est une catégorie juridique bien déterminée, dire qu'un acte n'est pas un contrat comme tous les autres, c'est dire qu'il ne rentre pas dans la catégorie juridique des contrats ; ce n'est pas un contrat. La chose est importante à relever, car le Conseil d'État emploie des formules très obscures¹¹.

C'est de nouveau sur l'arrêt *WINKELL* que Gaston JÈZE revient pour critiquer la locution de « contrat administratif », suspecte à son sens de confiner la doctrine administrative dans les charmes capiteux du droit privé, sans jamais permettre au droit administratif de gagner son autonomie.

Les mots ont une puissance. Ils évoquent des idées. Dans l'esprit du juriste, le mot contrat (...) évoque, par lui seul, toute une série de conséquences ; or, il *ne faut pas* les appliquer à l'acte juridique improprement qualifié contrat administratif ou de droit public. On voit les efforts qu'on est obligé de faire pour écarter les confusions et les erreurs que cela amène. Pour réaliser de nouveaux progrès dans la science du droit administratif, il importe de trouver des termes précis, ne prêtant pas à l'équivoque¹².

Sans plus nous y attarder, il convient d'avoir à l'esprit notre dernière démonstration par laquelle nous explicitions que le contrat était doctrinalement connoté, si bien que les administrativistes s'en sont départis comme d'un référent purement civiliste,

¹⁰ LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault & C^{ie}, 1887-1888 (1^{re} éd.), t. 2, p. 136.

¹¹ JÈZE Gaston, Note sur les arrêts *WINKELL* & *ROSIER* (C.E., 7 août 1909), in *R.D.P.* 1909, p. 501.

¹² JÈZE Gaston, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », in *R.D.P.* 1914, p. 321.

impropre à composer une science du droit administratif qui fût spécifique de la doctrine privatiste¹³. Cela étant dit, les débats qui traversèrent la doctrine juridique de part en part à propos de la théorie de l'imprévision (**section 1**), bouleversèrent fondamentalement le rapport des privatistes au contrat administratif (**section 2**), et celui des publicistes au contrat (**section 3**).

Section première. – Le contrat administratif attiré à une réception critique de la théorie de l'imprévision

473. Le Conseil d'État consacra la théorie de l'imprévision en 1916, dans des circonstances tumultueuses. D'ailleurs, il n'a pas tant élaboré une théorie *ex nihilo* qu'il a adapté une certaine idée de l'imprévision à laquelle les marchés de travaux publics étaient familiers. En lui conférant l'éclat d'une théorie prétorienne, il l'affecta d'une portée tout à fait différente. Il s'est agi de faire du neuf avec du vieux pour réagir à un accident conjoncturel (**paragraphe 1**). La concession de service public dont certains – au début des années 1910 – avait souligné la crise, fut prise de nouveau dans des débats qui réactualisèrent la divergence des acceptions reçues à son endroit (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – D'une solution d'opportunité à la consécration d'une théorie prétorienne : l'imprévision par le Conseil d'État

474. La consécration de l'imprévision par le Conseil d'État : une vive réaction des civilistes. – Il s'agit dans ce titre d'explicitier les ressorts par lesquels ne fût-ce qu'une partie de la doctrine administrative a réhabilité le contrat pour en faire un concept du droit administratif, en l'y articulant par le biais d'une théorie inédite – et, ajoutons-le, d'une théorie contingente. À notre sens, la théorie de l'imprévision fut l'un des principaux vecteurs de cette inflexion doctrinale. Très sommairement, cette théorie résulte d'une déclinaison constructive de la théorie de la force majeure. Celle-ci libère le débiteur d'une obligation contractuelle lorsqu'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible l'empêche absolument de l'exécuter¹⁴. Quant à la théorie de l'imprévision, elle prend en compte tous les événements qui rendent cette exécution plus difficile, au-delà des prévisions que le débiteur pouvait raisonnablement projeter.

¹³ Cf. le titre III, seconde partie, spécialement le chapitre 3.

¹⁴ La théorie de la force majeure n'était pas comprise de manière univoque dans les années 1910. Cette définition est celle qu'en donne par exemple Henri CAPITANT et Ambroise COLIN dans leur *Cours élémentaire de droit civil français* : « La force majeure, ce serait l'impossible absolue provenant d'un obstacle irrésistible, imprévu et imprévisible (*tempête, foudre, tremblement de terre, guerre, fait du prince*) » (Paris, Dalloz, 1914-1916 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1915), p. 10).

En la promouvant avec son arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (1916) tandis que la jurisprudence judiciaire la rejetait fermement, le Conseil d'État – précédé en cela par quelques conseils de préfecture – fit surgir un contraste saisissant entre les concessions de service public et les autres contrats – qu'ils fussent ou non soumis à la juridiction administrative. Certes, en énonçant que la concession de service public est « *un contrat d'ordre essentiellement administratif, qui n'a pas d'analogie dans le droit civil* »¹⁵, le commissaire du gouvernement CHARDENET reprend une opinion communément partagée depuis le second XIX^e siècle. Cette singularité pourtant exacerbée par la mobilisation de la théorie de l'imprévision ne laissait la concession de service public d'être un contrat. À une époque où les juristes n'admettaient qu'un genre de contrat sans distinguer entre eux plusieurs qui fussent différents, cette conception de la concession de service public la plaçait implicitement sous l'égide des principes consacrés dans le code civil. Or la consécration prétorienne de la théorie de l'imprévision suscita de vives réactions – à commencer par celles de certains civilistes qui craignirent qu'elle ne débordât sur le droit privé. Henri CAPITANT fut de ceux qui, sans dénoncer la jurisprudence du Conseil d'État, retranchèrent à dessein les marchés et les concessions de travaux publics des autres contrats – c'est-à-dire des contrats du code civil. Sans être originale, l'argumentation qu'il développa devint très vite une vulgate sur le sujet :

Est-ce donc que les marchés de travaux publics et de concessions échappent aux principes généraux du droit civil ? Non certes, mais il faut les interpréter en s'inspirant avant tout de la *commune intention* de ceux qui les ont conclus, c'est-à-dire de l'Administration et de l'adjudicataire. Or, cette intention est toute différente de celle qui anime les contractants qui font un marché à livrer. Pour ces derniers, leurs intérêts sont opposés. (...) Tout autre est l'esprit qui préside à la conclusion d'un marché public. Bien loin d'avoir un intérêt contraire à celui de son traitant, l'Administration poursuit avec lui un but commun, qui est la bonne exécution du travail, la bonne exploitation du service public. Elle ne spéculé pas comme le commerçant qui passe un marché à livrer. Elle est, dans une très large mesure, l'associée de l'entrepreneur ou du concessionnaire, et non son adversaire¹⁶.

Souligner une différence originelle qui isole ces contrats, c'était y cantonner la théorie de l'imprévision pour prévenir son déploiement à d'autres. Il est piquant de trouver sous la plume d'un civiliste, non pas la conceptualisation des contrats administratifs, mais l'idée qu'ils ne puissent être purement et simplement assimilés aux contrats privés.

¹⁵ CHARDENET Pierre, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux* (C.E., 30 mars 1916), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État statuant au contentieux des décisions du Tribunal des conflits et de la Cour des comptes* (collection MACAREL & LEBON), Paris, Larose & Tenin (2^e série, t. 86 ; année 1916), p. 128.

¹⁶ CAPITANT Henri, Note sur l'arrêt *MOREL frères et SALOU c. BARDON et Cie* (Paris, 21 décembre 1916), in *Dalloz* 1916. 2. 35.

475. Il n'est pas moins surprenant de trouver l'infirmité de cette opinion sous la plume d'un administrativiste, pour qui la solution de l'arrêt précité découle moins du droit administratif que « *de l'interprétation normale des contrats* », c'est-à-dire d'une interprétation qui « *n'est pas imposée par le seul droit administratif ; [qui] n'est pas l'apanage des juridictions administratives* », et qui résulte plutôt de « *l'application saine du Code civil* »¹⁷.

Que les contrats destinés à assurer le fonctionnement de services publics contiennent, à raison de leur objet, des propositions qui ne se trouvent pas dans les contrats entre particuliers, c'est l'évidence même. Que leur nature juridique en soit affectée, cela ne résulte au contraire d'aucun principe, ni d'aucun texte de loi. Civils ou administratifs, tous les contrats sont gouvernés par des règles « fondées sur l'équité et la commune intention des parties ». Il n'y a pas deux manières d'entendre la bonne foi. Il n'y a pas une bonne foi civile et une bonne foi administrative. Les principes éternels énoncés dans le Code civil quant à la manière d'interpréter les conventions ne sont pas des règles arbitraires. (...) On se demande (...) par quelles formules spéciales la loyauté nécessaire qui doit présider à tous les accords humains pourra s'affirmer en droit administratif sans que la même formule s'impose forcément en matière civile.

Aussi doit-on se garder d'opposer, – en matière de contrats, – le droit administratif au droit civil. Ce serait faire tort à l'un ou à l'autre.

Ce ne sont pas les contrats qui ont deux natures différentes suivant qu'ils ont un objet d'intérêt public ou privé. La différence n'existe qu'entre les tendances des juridictions compétentes pour connaître des litiges que ces contrats font naître¹⁸.

Nous aurions pu nous attendre à ce que ces deux auteurs défendissent des opinions inverses. Par la même, nous voyons que la spécialité des contrats administratifs, pour n'être pas nouvelle dans son affirmation, prit un aspect inédit dans le courant de la Première Guerre mondiale. Non pas tant parce que certains juristes eussent un esprit particulièrement clairvoyant qui leur permit de penser *le* contrat administratif, mais plutôt parce que la théorie de l'imprévision suscita de part et d'autre de la doctrine juridique des oppositions dont les contrats de l'administration furent l'objet clivant. C'est à travers cette trame que l'énonciation doctrinale de leur originalité prit une valeur inédite. Pour s'en convaincre, il est nécessaire de parcourir la doctrine administrative en ralliant la doctrine civiliste, pour discerner une partition dont les contours, pour n'être pas nouveaux, ont été accentués au point d'admettre que certains contrats fussent autonomes du droit civil.

476. **La justification de la théorie de l'imprévision : régulariser un accident prétorien.** – Le professeur ROLIN s'est attardé sur les circonstances qui ont précédé l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, en ce qu'elles dénotent des enjeux considérables qui y furent sous-jacents¹⁹. Henry BERTHÉLEMY ne s'y est pas trompé,

¹⁷ BERTHÉLEMY Henry, « Communes et gaziers », in *R.P.P.* 1917, XCII, p. 32-33.

¹⁸ *Id.*, p. 34-35.

¹⁹ ROLIN Frédéric, « Les contrats de l'administration et la Première Guerre mondiale », in *Jus Politicum* 2016, n° 15 (disponible sur Internet), p. 8 *sq.*

lui qui démontra en quoi la théorie de l'imprévision était non seulement *juridique*, mais encore *équitable*²⁰. Sans les mésestimer, les conclusions du commissaire du gouvernement CHARDENET ne sont pas un monument d'originalité. Elles font montre d'une réception heureuse des thèses développées par les avocats de la compagnie concessionnaire litigante. L'un d'entre eux – Jean BOIVIN-CHAMPEAUX, ancien président de l'Ordre des avocats aux Conseils – participa à une consultation sollicitée par le Syndicat professionnel de l'industrie du gaz et largement diffusée²¹. Léon de LA TASTE, avocat dudit syndicat et directeur de la *Revue des concessions*, publia un article allant dans le même sens²². Il ne s'agit pas d'indiquer que ces auteurs ont obliqué le droit au profit d'une certaine cause – la question serait mal posée. Certes, leur engagement est incontestablement favorable aux concessionnaires, jusqu'à la solution d'indemnisation préconisée et consistant à faire peser sur les administrations concédantes l'essentiel du préjudice résultant de la guerre²³. Du reste, la solution du Conseil d'État bénéficia de la part des universitaires d'une réception plutôt favorable²⁴. Nous estimons plus opportun – au point de vue où nous nous situons – de souligner la manière dont le discours doctrinal relativement aux concessions de service public s'est modelé pour assimiler au droit administratif l'imprévision comme théorie. Ces infléchissements résultent pour une large part de l'anxiété qui put assaillir nombre de juristes, confrontés à deux jurisprudences antinomiques : comment appréhender un contrat auquel s'applique une théorie négatrice de la doctrine de

²⁰ BERTHÉLEMY Henry, « Communes et gaziers », in *R.P.P.* 1917, XCII, p. 33 et 37.

²¹ Paul BOIVIN-CHAMPEAUX, Edmond-Louis HANNOTIN & Henry MONARD (tous trois avocats aux Conseils) rendirent à la requête du Syndicat professionnel de l'industrie du gaz une consultation délibérée le 22 juin 1915, relativement à l'augmentation du prix du gaz et des difficultés qui s'en sont ensuivies pour les concessionnaires de services publics ; et suivie d'une caution universitaire apportée par Ferdinand LARNAUDE, professeur de droit public à la faculté de Paris. Cette consultation fut (notamment) publiée dans le journal *Le Droit* (17 et 18 février 1916 ; n° 33 et 34), la *Gazette des tribunaux* (18 et 19 février 1916 ; n° 34 et 35) et la *Revue générale d'administration* (1916, III, p. 232).

²² LA TASTE Léon (de), « La crise du gaz devant les Conseil de préfecture », in *Revue des concessions* 1915-1916, p. 209.

²³ La thèse de Jean LAPEYRE (*De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, 1923) donne une idée de l'énergie déployée par le Syndicat professionnel de l'industrie de gaz pour constituer un fonds de documentation qui pût être employé au soutien de ses revendications. Celui-là s'est essentiellement référé à ses archives (publiées sous le format de circulaires) d'autant plus pléthoriques et incontournables, que le *Recueil Lebon* avait cessé de paraître momentanément à la fin des années 1910 et que les recueils prétoriens classiques – tels le *Dalloz* ou le *Sirey* – ne faisaient paraître que les arrêts les plus importants relativement à l'imprévision. De même, la *Revue des concessions* dont la direction était assumée par l'avocat LA TASTE – par ailleurs avocat dudit syndicat – fut comme un appendice scientifique déployé à son soutien. Cela étant dit, les communes n'ont pas été sans réagir : soit qu'elles s'essayassent à se fédérer en syndicat, comme à l'instigation du Congrès des maires de l'Ouest, soit qu'elles fissent pression sur le législateur – en témoignent la proposition de loi déposée devant la Chambre des députés le 7 juillet 1916, par DELAROUÉ & VIOLLETTE, et les amendements qu'ils déposèrent l'un et l'autre le 28 juillet 1916, lors de la mise en débat de la proposition de loi de FAILLIOT.

²⁴ Parmi les administrativistes, mentionnons parmi ceux qui publièrent une note sur cet arrêt : Maurice HAURIOU (in *Sirey* 1916. 3. 17), Gaston JÈZE (in *R.D.P.* 1916, p. 206), Léon DUGUIT qui se fit très critique vis-à-vis de la procédure indiquée par le Conseil d'État pour fixer le montant de l'imprévision (in *R.P.P.* 1916, LXXXVII, p. 264), ou encore Henry BERTHÉLEMY (in *R.P.P.* 1917, XCII, p. 23).

l'autonomie de la volonté ? Espacée sur plus d'une décennie, les controverses sur cette question, adossée au rejet de cette théorie par la Cour de cassation, ont fait s'insérer au sein de la doctrine juridique cette idée qu'il pût y avoir des contrats dont le régime juridique fût foncièrement différent de celui des contrats du code civil. La promotion de la théorie de l'imprévision fut associée à cette idée, afin de rendre intelligible – au point de vue du Droit – ce *hiatus* tout à fait incongru à raison duquel certains contrats se voyaient appliquer une règle déroutante pour l'immutabilité des obligations – principe fondamental du contrat. L'identité d'un régime juridique spécifique aux contrats administratifs procède de cette théorie qu'il fut question de critiquer en contenant sa portée subversive. Inscrire cette théorie prétorienne dans une régularité discursive qui en fasse voir la solidarité avec une représentation contemporaine du droit administratif ; fonder une dichotomie entre deux ordres de contrats pour justifier que les contrats du droit privé conservent les dispositions du code civil telles qu'interprétées par la Cour de cassation ; organiser cette articulation théorique en continuant d'attirer les contrats administratifs au concept du contrat, sans que cela n'en mine la valeur ; penser la dualité au sein d'un concept essentiellement privatiste dont la cohérence réside dans son monisme : voici les principales difficultés que provoqua la théorie de l'imprévision et qui peuvent s'apparenter à la quadrature du cercle.

Paragraphe 2. – La concession de service public (de nouveau) débattue à l'aune de la théorie de l'imprévision

477. Une jurisprudence foncièrement ambiguë : la conservation du cadre contractuel pour les concessions de service public. – L'argumentation déployée au soutien de la théorie de l'imprévision présente une cohérence discursive qui ne doit pas dissimuler la novation subversive à laquelle elle procède – à rebours de la prudence dont l'on crédite ordinairement le Conseil d'État. Pour bien l'apprécier, il faut la concevoir comme elle s'est présentée aux contemporains : une singularité juridique qui fait du neuf avec du vieux, et d'autant plus incroyable qu'elle détermine une transaction si défavorable au concédant qu'elle excite parfois les soupçons d'accointances du Conseil d'État avec les grandes compagnies industrielles²⁵.

²⁵ Cf. en ce sens le professeur lyonnais APPLETON qui publia deux articles critiques, destinés à un large public : « Le Conseil d'État protège fâcheusement les fermiers généraux du Gaz » (*in Le Progrès civique* 1921 (2 juillet), p. 9) & « Défendons le public et les communes contre les fermiers généraux de l'électricité » (*in Le Progrès civique* 1922 (14 avril), p. 22).

Jusqu'alors sa jurisprudence était plus ouverte que celle de la Cour de cassation quant à l'appréciation de la force majeure. Pour distinguer ces deux jurisprudences dont l'orientation divergente a consumé à terme une rupture, d'aucuns furent avisés de fonder autrement celle du Conseil d'État en mobilisant – à l'instar de celui-ci – l'imprévision plutôt que la force majeure. Souvent ses contempteurs la présentent d'ailleurs comme une évolution dénaturée de la force majeure, une excroissance débridée. Par l'imprévision, ne sont pas seulement pris en compte les événements extérieurs aux parties qui rendent l'exécution d'une obligation contractuelle impossible, mais plus largement ceux qui, en outrepassant les prévisions contractuelles, la rendent si difficile à respecter que l'économie du contrat en est bouleversée. Sans rien signifier de précis, l'imprévision était parfois employée pour désigner les modifications de toutes sortes apportées aux entreprises de travaux publics en dehors des stipulations contractuelles²⁶. Elle rendait compte de la latitude nécessaire à l'administration dans la direction des travaux publics. Aussi y a-t-il lieu d'être surpris à voir présenter la théorie de l'imprévision comme une illustration caractéristique de la singularité des concessions de service public.

[Les concessions de service public] ne sont pas des contrats d'ordre privé régis par le Code civil.

Ce sont des contrats administratifs qui, créant entre les parties des rapports d'une nature absolument spéciale, sont avant tout gouvernés par des règles fondées sur l'équité et la commune intention des parties.

La plus essentielle de ces règles est que les stipulations du contrat, quelques absolues qu'elles puissent être, cessent d'être applicables quand, par suite d'événements impossibles à prévoir, le concessionnaire se trouve en présence d'une situation qu'il n'avait pas envisagée, qu'on ne peut lui reprocher de n'avoir pas envisagée, et dont les conséquences bouleversent l'économie du traité²⁷.

Notre propos n'est pas celui de critiquer une telle analyse, mais d'en montrer le caractère largement performatif. Les auteurs de cette consultation réorganisent différents aspects du droit administratif pour créer des correspondances nouvelles dont ils voilent cependant l'inédit. Ils emploient une inclination prétorienne jusqu'alors pratiquée pour les marchés de travaux publics, en arguant ce faisant de la singularité du contrat de concession. Il faut se garder – à notre sens – de recevoir cet arrêt comme une innovation géniale qui fût le résultat d'une longue réflexion sur ces contrats. Certes, elle fait du service public concédé un déterminant auquel le contrat vient se rapporter. En somme, elle ploie le contrat suivant la cause qui en conditionne la validité. Dans la note qu'il consacra à l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Maurice HAURIOU souligna spécialement cette inflexion. Toutefois si

²⁶ D'après nos recherches, l'avocat Alfred DOUSSAUD est le premier à lui conférer cette cohérence en la développant pour embrasser tous les travaux imprévus : *Des imprévus dans les entreprises de travaux publics* (1887).

²⁷ BOIVIN-CHAMPEAUX Paul, HANNOTIN Edmond-Louis & MORNARD Henry, Consultation délibérée le 22 juin 1915, à la requête du Syndicat professionnel de l'industrie du gaz..., in R.G.A. III, p. 234-235.

celui-ci a voulu comprendre (en paraphrasant François GÉNY à propos du code civil) : « par le contrat, mais au-delà du contrat » ; le Conseil d'État (en paraphrasant cette fois-ci Raymond SALEILLES) conçut plutôt : « au-delà du contrat, mais par le contrat »²⁸. Pour être sûrement opportune – les contemporains furent d'ailleurs nombreux à féliciter le Conseil d'État pour son pragmatisme –, cette solution présente au sujet du calcul de l'indemnisation de profondes iniquités qui ne furent dissipées que plus tard. À l'invitation de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État choisit délibérément de situer la question litigieuse sur le terrain contractuel ou plutôt en contiguïté avec lui. À rebours de certains administrativistes iconoclastes – tels les professeurs HAURIOU, DUGUIT, JÈZE, ROLLAND –, il persista à concevoir la concession comme un contrat au lieu de se la représenter comme un acte consensuel *sui generis*, c'est-à-dire d'un genre autonome du contrat et d'une économie d'esprit différente.

478. En appliquant aux concessions de service public une jurisprudence essentiellement développée à propos des marchés de travaux publics, Pierre CHARDENET oblique les débats pour dégager une partition qui distingue entre une situation contractuelle et une situation extracontractuelle. Conçue pour permettre à l'administration d'aménager l'imprévu avec ses cocontractants, la théorie de l'imprévision organise une ségrégation entre l'ordinaire et l'extraordinaire ; elle contractualise les bénéfices et socialise les risques. Le concessionnaire supporterait les charges à concurrence des prévisions contractuelles, tandis que le concédant assumerait les charges excédantes – celles correspondant aux sujétions dites extracontractuelles.

Les principes sont pour nous les suivants : on se trouve en présence de charges dues à des événements que les parties contractantes ne pouvaient prévoir et qui sont telles que, temporairement, momentanément, tant que dureront les événements ayant déterminé ces charges nouvelles, le contrat ne peut plus être exécuté dans les conditions où il est intervenu. Le service public n'en doit pas moins être assuré, l'intérêt général l'exige, et le contrat doit subsister. La puissance publique, le concédant, aura à supporter les charges que nécessite le fonctionnement du service public, et qui excèdent le maximum de ce que l'on pouvait admettre comme prévision possible et raisonnable par une saine interprétation du contrat²⁹.

En conservant à la concession une appréhension empruntée au contrat, il choisit une perspective qui s'arcboute sur la rémunération du concessionnaire pendant la période d'imprévision, au lieu de s'attacher à la résilience économique de l'entreprise concédée dont la viabilité financière puisse s'apprécier sur l'ensemble de sa durée

²⁸ Cf. la préface de Raymond SALEILLES publiée avec la *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899) de François GÉNY.

²⁹ CHARDENET Pierre, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux* (C.E., 30 mars 1916), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 86 ; année 1916), p. 133.

d'exécution³⁰. Il discerne, organise et cloisonne des situations afin de garantir au concessionnaire les bénéfices escomptés, plutôt qu'il n'envisage le service concédé comme un modèle économique au sein duquel les contractants seraient véritablement associés sur la durée. Quoique ses conclusions ne tendent à définir aucun principe pour le calcul de l'indemnité d'imprévision, il suggère au détour de ses réflexions une « *ventilation des charges* »³¹ qui isole la période d'imprévision de telle sorte que le concessionnaire ait droit à une indemnité ferme. Cela au lieu de lui reconnaître une indemnité provisoire proprement liquidée à la fin de la concession, en considération des résultats financiers qu'il aurait réalisés sur toute la durée de la concession. Certes, Pierre CHARDENET s'appuie sur une conception de la concession dont le Conseil d'État est familier. Ce faisant, il éconduit une alternative qui en empruntant à certaines conceptions doctrinales, eût privilégié l'idée d'une compénétration des intérêts plutôt que celle de leurs juxtapositions. Certes, le contrat n'était pas impropre à accueillir cette idée d'une association à laquelle l'économie de la concession pût s'adapter en fonction des circonstances ; mais il se prêtait mieux encore à une partition dont le partage des risques fût très profitable aux concessionnaires. C'est d'ailleurs à cet égard que Maurice HAURIOU – peu après l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* – interpella le Conseil d'État contre une telle solution : « *Dans cette loterie du contrat de concession, à tout coup les Compagnies gagnent et les villes perdent* »³².

- 479. D'une appréhension latitudinaire du contrat de concession, à la confrontation de plusieurs acceptions du contrat.** – Le choix pris par Pierre CHARDENET et entériné par le Conseil d'État de demeurer dans le cadre contractuel, participe – pensons-nous – du désir d'orienter la solution en une certaine perspective : celle de préserver les investissements privés mobilisés par les concessionnaires en faisant peser le surcroît de dépenses sur les finances publiques. Loin d'être naturelle comme si aucune autre solution n'eût été envisageable, cette option est classique dans sa conception juridique et conforme à une orthodoxie libérale que Gaston JÈZE avait

³⁰ Ces débats ne sont pas inédits. Certains administrativistes s'attardent de nouveau sur la nature du contrat de concession pour démontrer qu'il fut un contrat commutatif plutôt qu'aléatoire. À rebours par exemple d'un Charles DELALLEAU (« Des droits et obligations des concessionnaires des travaux publics », in *R.L.J.* 1835, I, p. 177 et 358 ; 1837, V, p. 140), voir cet article précité de Léon de LA TASTE : « La crise du gaz devant les Conseil de préfecture » (in *Revue des concessions* 1915-1916, p. 209). Si dans le premier XIX^e siècle, les périls auxquels s'exposaient les concessionnaires étaient tels que ces entreprises prenaient les atours d'une opération spéculative (d'où la qualification de contrat aléatoire), leur rentabilité est telle au début du XX^e siècle que la rétribution des concessionnaires est présentée comme certaine (d'où la qualification de contrat commutatif).

³¹ CHARDENET Pierre, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux* (C.E., 30 mars 1916), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 86 ; année 1916), p. 133.

³² HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie des messageries maritimes c. Ministre de la marine* (C.E., 3 août 1917) [1917], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, Paris, Sirey, 1929 (3 vol.), t. 3, p. 621.

déjà visée – il est vrai pour un propos différent.

[En 1914] le Conseil d'État est composé, en majorité, d'hommes dont la formation intellectuelle, au point de vue économique, remonte à une époque où triomphent les doctrines de l'économie politique dite orthodoxe, libérale, doctrines individualistes à outrance, résolument hostiles au développement des services publics³³.

C'est ce que d'ailleurs relève M. de CARRATIER DUBOIS dans une étude : « *La théorie jurisprudentielle de l'imprévision porte simplement à incandescence un interventionnisme financier qui rejette l'appropriation publique des services économiques (...) [pour sauver] le procédé contractuel à un moment où la guerre pourrait l'emporter* »³⁴. Si la théorie de l'imprévision reçut une consécration aussi éclatante et un accueil aussi favorable parmi les administrativistes, c'est parce que dans son principe elle entérinait une tendance à souligner la solidarité d'intérêts entre l'administration et ses partenaires économiques. Quand bien même le contrat se présentait – selon d'aucuns – comme un concept rapporté, il aidait néanmoins à se figurer la relation de collaboration que les concessionnaires entretenaient avec les administrations concédantes. Cette conception de la concession de service public n'en fit pas moins dissonance avec la conception classique du contrat, portée par les civilistes orthodoxes et arquée autour de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Pour être appliquée à un contrat situé en marge du code civil, la théorie de l'imprévision ne cessait de s'appliquer à un contrat – ou du moins à un acte consensuel que le Conseil d'État persistait à analyser comme un contrat. Cela ne fut pas sans créer un contraste saisissant avec la jurisprudence judiciaire. La doctrine privatiste à la même époque s'interrogeait sur le sort à donner aux conventions passées avant la guerre, mais dont l'exécution devenait malaisée depuis août 1914 – occupation allemande de la Belgique et du nord de la France où s'y trouvait l'essentiel de l'industrie minière ; guerre sous-marine allemande perturbant les communications maritimes ; raréfaction de la main-d'œuvre par l'effet de la mobilisation ; contrôle des transports ferroviaires par l'autorité militaire, etc.

480. En considérant uniquement les témoignages laissés par la doctrine privatiste dans des périodiques juridiques, plusieurs ont défendu la nécessité d'adapter la conception classique du contrat aux vicissitudes soulevées par la Grande Guerre. À l'instar de l'avocat LEBON, cette entreprise se double d'une dénonciation de la débilité du parlementarisme et du conservatisme de la jurisprudence³⁵. D'autres promeuvent la clause *rebus sic stantibus* comme pouvant être implicitement admise pour

³³ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard & Brière, 1914 (2^e éd.), p. 308.

³⁴ CARRATIER DUBOIS Laurent (de), « Le Conseil d'État, l'économie et le service public : concessions et services publics industriels et commerciaux (années 1880-1950) », in *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 2005, n° 3, p. 60-61.

³⁵ LEBON André, « La guerre et les contrats », in *R.P.P.* 1916, LXXXVII, p. 161.

l'interprétation des contrats – fût-ce pour certains d'entre eux³⁶. C'est plus souvent à propos de la théorie de la force majeure que la question de la stabilité des contrats est envisagée. Dans un article paru au début de la guerre, André WAHL traite ce sujet d'une manière assez orthodoxe³⁷. S'il ne nous intéresse pas directement, il aide néanmoins à apprécier l'évolution de la question au cours de l'année 1916. Le député FAILLIOT déposa le 22 février 1916 une proposition de loi relative aux marchés commerciaux conclus avant la Première Guerre (et définitivement votée... le 23 janvier 1918) ; le 30 mars 1916 le Conseil d'État rendit son arrêt précité (avec une célérité remarquable ainsi que le note le professeur ROLIN³⁸). Ces événements législatif et jurisprudentiel, confrontés à la persistance dont fit preuve la Cour de cassation dans le maintien d'une jurisprudence définie en temps de paix, attisa les controverses doctrinales et les protestations de la société civile. La poursuite de la guerre au-delà de l'entendement rendit les enjeux plus graves encore. Aussi le Conseil d'État offrit-il un contre-référent en opposant à une jurisprudence judiciaire conservatrice et arquée sur une interprétation rigide du code civil, une jurisprudence soucieuse d'appréhender dans l'espace du Droit des vicissitudes défiant toutes projections. Rapportées aux contrats du droit privé, les concessions de service public furent attirées aux controverses discutant de la force majeure en droit civil, qui par le même biais interrogèrent la théorie de l'autonomie de la volonté et le rôle du juge du contrat. Leur nature fut diversement débattue selon les thèses mobilisées. Depuis celle respectueuse de l'intangibilité des contrats compris comme un corollaire du respect de la volonté des parties, jusqu'à celle inclinant à recevoir la théorie de l'imprévision en envisageant pour le juge judiciaire un pouvoir de révision. Il est malaisé d'évaluer l'influence qu'eurent ces débats sur la doctrine administrative. Sans doute elle ne doit pas être exagérée – néanmoins les mentions qu'en fit la littérature administrative ne sont pas rares. À l'inverse, la doctrine civiliste dont une large partie fut plongée dans un profond désarroi, se réfère presque systématiquement à la jurisprudence administrative lorsqu'elle traite de la question de l'imprévision (ou de la force majeure). C'est pourquoi nous ne pouvons nous résoudre à isoler ces controverses comme si elles relevaient uniquement du droit privé. Ce n'est pas dire d'une manière caricaturale que l'une et l'autre doctrine se soient directement influencées. Nous envisagerons plutôt l'hypothèse d'après laquelle la définition de la concession telle qu'elle s'est dégagée de la théorie de l'imprévision ne fut pas une

³⁶ Cf. en ce sens André WAHL : sa note sur l'arrêt *Société anonyme Maison Agnès c. D^{lle} MAALDERINCK* (Civ., 4 août 1915) (*in Dalloz* 1916. 1. 17) et son ouvrage : *Le droit civil et commercial de la guerre* (Paris, Tenin, 1918-1921 (4 vol.), t. 2 (1918)) ; Maurice CESBRON : « Des effets juridiques de la guerre sur les contrats antérieurs à la mobilisation » [1916] (*in Revue catholique des institutions et du droit* 1914-1916, LIII, p. 587) ; & Sébastien SERBESCO : « Effets de la guerre sur l'exécution des contrats » (*in R.T.D. civ.* 1917, p. 349).

³⁷ WAHL Albert, « La guerre considérée comme force majeure, spécialement en matière de vente de marchandises », *in R.T.D. civ.* 1915, p. 383.

³⁸ ROLIN Frédéric, « Les contrats de l'administration et la Première Guerre mondiale », *in Jus Politicum* 2016, n° 15 (disponible sur Internet), p. 9 *sq.*

entreprise abstraite de tout contexte, qu'elle fut au contraire contingente d'une confrontation entre plusieurs acceptions du contrat. Or, à cet égard, ne pas tenir compte de la doctrine privatiste comme si cela débordait notre sujet, comme si ce pont jeté en travers de la *summa divisio* fut superfétatoire, ce serait envisager la question sous un aspect qui nous dissimulât trop de ressorts.

Section 2. – Mobiliser contrat et droit administratifs : un enjeu pour les civilistes soucieux de qualifier les évolutions du droit privé

481. Ce qui rendit la théorie de l'imprévision suspecte à la plupart des privatistes, c'est qu'elle récusait la doctrine de l'autonomie de la volonté. C'est pourquoi les travaux entrepris à son sujet ont souvent été critiques de cette dernière. Interroger la première, c'est toujours éprouver la contemporanéité de la seconde. (**paragraphe 1**). Afin de conserver la doctrine de l'autonomie de la volonté dans toute sa vigueur, plusieurs privatistes s'essayèrent à repousser le contrat administratif pour y associer tout ce qui pût être irréductible au droit privé (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – La doctrine de l'autonomie de la volonté mise à l'épreuve par la théorie de l'imprévision

482. **Une théorie de l'imprévision subversive de la doctrine de l'autonomie de la volonté.** – Au travers d'un article assez vif, son auteur – qui fut successivement conseiller de préfecture et sous-préfet – énonce assez bien le *hiatus* que provoqua la jurisprudence du Conseil d'État par des glissements insensibles, et dont l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* ne fut qu'une illustration plus topique que les précédentes. Insistons-y – cet arrêt suscita de vives commotions parce que la question de l'imprévision se posa en même temps pour le droit public et pour le droit privé ; la résonnance entre l'une et l'autre doctrine amplifia la violence des controverses ; les correspondances entre l'un et l'autre droit autorisèrent nombres d'auteurs à des comparaisons qui enrichirent les démonstrations. Pour revenir à l'article que nous évoquions, cet arrêt y est ressenti comme un excès de pouvoir du juge administratif : modifier une convention à l'encontre de la volonté de l'une des parties, c'est battre en brèche la théorie de l'autonomie de la volonté sur laquelle la conception du contrat repose.

En consacrant (...) le principe général de l'indemnité d'imprévision, le Conseil d'État nous paraît avoir obéi à son double caractère de tuteur des établissements publics et de rédacteur législatif ; comme juge, il a excédé son pouvoir, un peu à la façon du prêteur romain en raison des nécessités de fait et d'opportunité que semblait troubler la rigoureuse application du droit. Ce que nous critiquons dans cette jurisprudence, et notamment dans l'arrêt du 30 mars 1916, c'est le caractère juridique que la haute Assemblée a voulu donner à une théorie qui va à l'encontre du texte écrit ; nous ne contestons pas la nécessité du principe ; nous contestons sa légalité actuelle. Ce n'est pas au juge, quelque supérieur que soit son degré dans la hiérarchie, qu'il appartient de faire la loi ; c'est au législateur et au législateur seul. Voilà la vérité juridique et constitutionnelle³⁹.

³⁹ DESBATS Alexis-Gabriel, « De la nature juridique du contrat de concession », in *R.G.A.* 1917, I, p. 16-17.

À la réprobation d'une jurisprudence latitudinaire par laquelle le Conseil d'État s'immisce dans les relations contractuelles de l'administration, cet auteur exprime une opinion qui, pour n'être pas la plus moderne qui fût, nous semble être encore largement partagée. Elle le fut même par ceux qui prirent la défense des concessionnaires, qui d'une autre manière s'attachèrent aussi à la respectabilité du contrat⁴⁰. Les contrats administratifs ne désignent que des contrats auxquels une juridiction spéciale leur est liée ; ils n'en restent pas moins des contrats... c'est-à-dire des contrats du code civil.

Le contrat de concession, imposé par le développement de la vie sociale et économique, n'était pas et ne pouvait pas être prévu à l'époque de la rédaction du Code civil. Il en est de même d'un certain nombre de contrats. (...) Quelques-uns ont été réglés par des lois spéciales et postérieures. Les autres ne peuvent être interprétés que conformément aux dispositions du Code civil. Le caractère administratif du contrat de concession ne saurait, en effet, affecter que la compétence du juge (L. 28 pluviôse an VIII). Mais, pour le fond, le juge administratif, comme le juge civil, nous paraît lié par les termes des articles 1107 et 1134 du Code civil.

C'est là, il faut en convenir, la conclusion rigoureuse qui découle en l'absence de lois spéciales, des règles du Code civil⁴¹.

Cette opinion dont la désuétude est encore marquée par les référents doctrinaux mobilisés⁴², n'en est pas moins interpellant. Publiée dans une revue préférentiellement destinée aux praticiens de l'administration, elle nous paraît exprimer un référent à l'aune duquel les innovations jurisprudentielles doivent être appréciées, si l'on veut seulement discerner ce qu'elles ont pu avoir de subversives. En l'occurrence les contrats de l'administration n'ont été saisis différemment qu'à raison des critiques portées à l'encontre de la doctrine de l'autonomie de la volonté et de ses corollaires – en premier lieu desquels l'intangibilité des obligations et l'illégitimité du juge à interpréter le contrat autrement qu'en respectant la commune intention des parties.

483. De l'utilité de la littérature doctorale. – Les ouvrages universitaires didactiques (traités, manuels, précis, *etc.*) en droit civil réceptionnent la théorie de l'imprévision dans le courant des années 1920, au gré des rééditions ou des nouvelles publications. Cela dit, ce n'est pas dans cette littérature que son impact se laisse estimer, car le temps éditorial n'est pas toujours synchronisé avec le temps scientifique – celui par

⁴⁰ Cf. entre autres deux articles dont l'auteur est vraisemblablement Léon de LA TASTE : « La crise des services publics concédés et la politique » (*in Revue des concessions* 1917, p. 5) & « La crise économique et les services publics concédés » (*in Revue des concessions* 1920, p. 5).

⁴¹ DESBATS Alexis-Gabriel, « De la nature juridique du contrat de concession », *in R.G.A.* 1917, I, p. 9.

⁴² L'auteur propose de la concession une définition extraite du *Répertoire de droit administratif* de Léon BÉQUET (1891), laquelle est l'exacte reproduction de celle donnée dans le *Dictionnaire générale d'administration* d'Alfred BLANCHE (1849). Il y ajoute une définition empruntée à Théophile DUCROCQ (1897), et une autre à Henry BERTHÉLEMY (1916). Pour être un contemporain, ce dernier ne fut pas le plus innovateur d'entre ses pairs.

lequel la doctrine formalise une problématique, en débat, la critique, l'assimile, *etc.* C'est davantage les monographies qui peuvent nous renseigner sur l'accueil fait à la théorie de l'imprévision par la doctrine privatiste – en premier lieu les thèses de doctorat. À cet égard il n'est pas anodin – pensons-nous – que les administrativistes aient consacré dans les années 1920 quatre thèses sur le sujet⁴³, auxquelles s'ajoute une cinquième à la fin des années 1930⁴⁴; alors que les civilistes lui en consacrèrent neuf pour la même période considérée⁴⁵, plus quelques autres dans la décennie suivante⁴⁶. Sans compter les thèses qui en traitèrent incidemment au travers d'études critiques sur les mutations affectant le contrat⁴⁷. En abordant la théorie de l'imprévision, presque toutes rapportent la jurisprudence administrative pour la plier à une critique favorable ou négative selon l'orientation de leurs conclusions. C'est précisément cet emploi démonstratif qui nous intéresse, car elle ajuste la concession de service public – par un effet de correspondance, ou bien de contraste – à la conception du contrat que l'auteur considéré promeut.

484. Préserver la doctrine de l'autonomie de la volonté (les concessions cantonnées à l'extérieur du droit civil). – Henri CAPITANT enferma la théorie de l'imprévision dans une condamnation intransigeante que son autorité académique et son prestige

⁴³ Cf. les auteurs suivants : SAINT-MARC (*De l'imprévision dans les contrats administratifs*, 1918) ; GROS (*Les conséquences juridiques de la guerre sur les services publics concédés du gaz et de l'électricité*, 1922) ; DESJONQUÈRES (*L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, 1926) ; VÉGLERI (*Des modifications apportées par l'administration à ses contrats : étude de jurisprudence administrative*, 1927) ; et JACQUEMARD (*La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, 1928).

⁴⁴ Cf. FOULON (*Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, 1938).

⁴⁵ Cf. les auteurs suivants : LOUVEAU (*Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, 1920) ; RADOUANT (*Du cas fortuit et de la force majeure*, 1920) ; FYOT (*Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, 1921) ; BOMSEL (*La théorie de l'imprévision en droit civil français*, 1922) ; BRUZIN (*Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, 1922) ; VOIRIN (*De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, 1922) ; LAPEYRE (*De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, 1923) ; MAGNAN DE BORNIER (*Essai sur la théorie de l'imprévision*, 1924) ; et CATTAND (*La clause « rebus sic stantibus » du droit privé au droit international*, 1929).

⁴⁶ Cf. les auteurs suivants : POPESCU (*Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, 1937) ; AUVERNY-BENNETOT (*La théorie de l'imprévision, droit privé, droit administratif, droit ouvrier*, 1938) ; et STOYANOVITCH (*De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues : théorie de l'imprévision*, 1941).

⁴⁷ Cf. les auteurs suivants : BRUNET (*La guerre et les contrats*, 1917) ; GUEULLETTE (*Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, 1918) ; CANET (*Des effets de la guerre sur l'exécution des contrats synallagmatiques...*, 1920) ; LEPARGNEUR (*La prorogation des contrats à exécution successive après un cas de force majeure...*, 1920) ; MAURY (*Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, 1920) ; TATRY (*Loi du 21 janvier 1910 sur les marchés à livrer...*, 1920) ; VILLEY DESMESRETS (*De l'intervention du législateur dans l'interprétation des contrats*, 1920) ; MAYNAU (*Les fictions de contrats dans le code civil et depuis le code civil*, 1924) ; MULTZER O'NAGHTEN (*La loi Failliot et les principes du contrat consensuel*, 1925) ; TALAMON (*Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, 1926) ; SALLÉ DE LA MARNIERRE (*L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, 1930) ; GAUDIN DE LAGRANGE (*L'intervention du juge dans le contrat*, 1935) ; MARSON (*L'abus du droit en matière de contrat*, 1935) ; ROUSSEL (*Le contrat : de l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, 1936) ; BARREYRE (*L'évolution et la crise du contrat : étude synthétique et critique*, 1937) ; et ZAKSAS (*Les transformations du contrat et leur loi : essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, 1939).

doctrinal exhaussa au rang de thèse canonique : « *Le code civil suivant la tradition romaine, place au-dessus de tout la stabilité des contrats et en fait une des bases de l'ordre social* »⁴⁸. La note d'arrêt à laquelle cette citation est empruntée fut partout citée – pour être appuyée, et plus rarement critiquée. Les arguments employés à marginaliser les concessions de service public ont été repris si souvent qu'ils constituèrent une espèce de vulgate. Ils ont ordonné une certaine idée du contrat de concession, à savoir que les parties contractantes n'ont pas des intérêts antagonistes comme cela s'observe dans les contrats entre particuliers ; le juge ne peut dans ce dernier cas se livrer à l'interprétation d'une intention commune qui n'existe pas, si bien qu'il est contraint d'en rester à la lettre de la convention ; les stipulations des concessions organisent une communauté d'intérêts qui ne doit pas être figée par une interprétation trop littérale de celles-là. En précisant qu'il s'agit non d'une thèse mais d'un ouvrage destiné aux praticiens, l'avocat aux Conseils DUFOURMANTELLE entérine cette conception qu'il fait sienne, jusqu'à paraphraser CAPITANT qu'il ne cite même pas tant ses idées participent d'une orthodoxie doctrinale. « *La jurisprudence civile, (...) en s'appuyant sur le Code, qui lui-même a suivi la tradition romaine, place au dessus de tout la fixité, la stabilité des contrats et en fait une des bases de l'ordre social* »⁴⁹. C'est encore celle développée par Jean RADOUANT, dans une thèse entreprise sous la direction d'Henri CAPITANT lui-même. En reprenant les propos de Maurice HAURIOU : « *rigidité du service public et flexibilité du contrat* »⁵⁰ – sa démonstration dissocie les contrats de concession des contrats entre particuliers, pour valider à propos des derniers la doctrine de l'autonomie de la volonté. Celle-ci reste sauve !

Un service public ne doit pas être interrompu ; la nécessité de son fonctionnement régulier et continu impose la flexibilité du contrat, parce que l'élément contractuel est absorbé par l'élément de service public. Or l'élément contractuel existe seul dans les contrats de droit privé.

On ne peut donc songer à leur appliquer le même régime qu'aux contrats de droit public, d'autant plus que l'intervention d'une personne du droit public n'est pas sans entraîner certaines conséquences, quant à l'esprit dans lequel le contrat est conclu : elle écarte toute pensée de spéculation chez le créancier⁵¹.

La discussion de la jurisprudence administrative participe d'une réfutation méthodique de tous les exemples étrangers au droit civil français qui peuvent incliner à faire admettre en son sein la théorie de l'imprévision, sinon à l'envisager.

⁴⁸ CAPITANT Henri, Note sur l'arrêt *MOREL frères et SALOU c. BARDON et Cie* (Paris, 21 décembre 1916), in *Dalloz* 1916. 2. 33.

⁴⁹ DUFOURMANTELLE Roger, *La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marchés administratifs*, Paris, Giard & Brière, 1920, p. 72.

⁵⁰ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux* (C.E., 30 mars 1916) [1917], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 603.

⁵¹ RADOUANT Jean, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Paris, Rousseau & Cie, 1920 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par CAPITANT, professeur de droit civil), p. 81-82.

485. Conserver la doctrine de l'autonomie de la volonté (les concessions prises comme référent). – Il n'y a pas lieu d'être surpris par ce fait que les thèses mentionnant dans leur intitulé le terme « imprévision », se montrent presque systématiquement – pour ne pas dire toujours – favorable à son égard. À l'inverse, pour des auteurs comme Jean RADOUANT, la théorie de l'imprévision n'est qu'une excroissance malheureuse de la théorie de la force majeure ; une application viciée qui en dénature le sens et la portée. Envisagée sous cet aspect, il manifeste explicitement son intention : redonner à la force majeure une signification épurée de ses concrétisations regrettables auxquelles se sont laissées aller certaines juridictions du fond – notamment des juridictions consulaires. D'autres ont envisagé la théorie de l'imprévision pour ce qu'elle est, ou pour mieux dire en la distinguant de la théorie de la force majeure comme différente de par sa destination. Cette perspective doctrinale lui est plus conciliante, car ils ne se mettent pas en mesure d'étudier une théorie dégénérée, mais une théorie inédite dont les mérites doivent être appréciés à l'aune des répercussions de la Grande Guerre. L'une des premières thèses consacrées aux effets des hostilités sur les contrats soutient avec conviction que, malgré les singularités des concessions de services publics, « *la théorie de l'imprévision dont l'arrêt [du Conseil d'État] du 30 mars [1916] fait application, aura une action sur l'interprétation à donner aux contrats civils* »⁵². Son auteur s'évertue à convaincre de la formation d'un droit nouveau, dont cet arrêt participerait à esquisser les linéaments : « *Il ne faut pas (...) négliger l'influence que [cet arrêt] peut avoir sur la jurisprudence civile* »⁵³. Dans les travaux spécialement consacrés à la théorie de l'imprévision, la convocation de la jurisprudence administrative prend plusieurs formes selon le sens de la démonstration. À l'instar de BOMSEL, celle-ci est conçue classiquement : par souci d'équité, l'imprévision s'impose aux contrats dont l'inexécution menacerait le fonctionnement d'un service public⁵⁴. De surcroît, elle pourrait être désirable en droit civil en ce qu'elle empêcherait la force majeure de se diluer à force de trouver des applications inappropriées et quelque peu forcées⁵⁵. Quoique sommairement, la jurisprudence administrative y est appréciée à l'aune de la clause *rebus sic stantibus*. Certes, son application de la théorie de l'imprévision est singulière, puisque fondée sur des motifs propres, tirés de la continuité des services publics. Faisant la mesure des particularités qui frappent les contrats passés pour leur fonctionnement, la jurisprudence administrative n'en est pas moins élevée en exemple : elle mobilise l'équité pour pallier les volontés des parties imparfaitement exprimées – ou à des volontés qui n'ont pas envisagé les événements dans lesquels le contrat trouve à

⁵² GUEULLETTE J.-E., *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, Paris, Jouve & Cie, 1918 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par LEFEBVRE, professeur d'histoire du droit), p. 301.

⁵³ *Id.*, p. 311.

⁵⁴ BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, Paris, Jouve & Cie, 1922 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par PIEDELIÈVRE, professeur de droit civil), p. 31 *sq.*

⁵⁵ *Id.*, p. 67

s'exécuter. Car telle est la finalité de sa thèse : conjuguer la théorie de l'autonomie de la volonté avec un esprit d'équité qui la dépouille de ses conséquences les plus iniques.

486. C'est la même démarche qu'entreprend, peu avant BOMSEL, un autre docteur – André LOUVEAU – qui développe une comparaison mieux aboutie entre les jurisprudences administrative et civile. Sa thèse illustre plus encore ce à quoi celle-là fut atraite. En examinant respectivement l'une et l'autre jurisprudence, il dresse face à face deux manières d'interpréter le code civil relativement aux obligations contractuelles. Aux côtés d'une compréhension classique, celle du Conseil d'État se fait *in fine* plus respectueuse de la volonté des parties. Et s'il admet que les contrats de l'administration diffèrent des contrats entre particuliers par les intérêts qui y sont en cause, il n'admet pas que cela puisse commander une divergence de jurisprudence. « On peut douter, en effet, que la jurisprudence civile ait apporté satisfaction aux véritables besoins de la vie des affaires en face du mouvement hostile d'opinion qu'elle a suscité et qui a bientôt provoqué, de la part des tribunaux civils, quelques décisions où se fait jour une tendance nouvelle et, de la part du Parlement, une mesure législative »⁵⁶. La confrontation critique est employée non pas à remettre en cause la théorie de l'autonomie de la volonté, mais à en dénoncer une appréhension bornée qui dût s'incliner devant une autre, plus sensible à l'empreinte des nécessités sociales. Les contempteurs de la théorie de l'imprévision paraissent comme raidis dans une résistance antipathique « aux considérations d'utilité sociale et d'équité », convaincus que « la thèse de la doctrine administrative [ne peut ni ne doit] jouer en pur droit civil »⁵⁷. Avant tout préoccupés « d'assurer aux conventions librement consenties entre particuliers leur plein effet, redoutant les dangers d'immixtion du pouvoir judiciaire dans les accords des volontés contractantes, soucieux de limiter le domaine de la force majeure au seul cas "d'impossibilité absolue d'exécution" »⁵⁸, la théorie de l'imprévision est regardée comme une déraison du droit civil. C'est précisément une idée que s'efforce de dissiper Louis FYOT en démontrant la ductilité du code civil dont la nature est tout à fait adaptée à accueillir une telle théorie.

Est-ce dire que la doctrine souple de l'Imprévision n'ait pas sa place dans notre droit civil, en dehors du cadre des lois d'exceptions à durée éphémère, qui l'ont expressément consacrée ?⁵⁹

En se livrant à une analyse novatrice de l'article 1150 du code civil, la jurisprudence

⁵⁶ LOUVEAU André, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Rennes, Imprimerie brevetée Simon, 1920 (thèse de doctorat, faculté de Rennes ; présidée par LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, professeur de droit civil), p. 124.

⁵⁷ FYOT Louis, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, Dijon, Imprimerie V^{ve} Berthier, 1921 (thèse de doctorat, faculté de Dijon ; présidée par DESSERTAUX, professeur de droit romain), p. 11.

⁵⁸ *Id.*, p. 9.

⁵⁹ *Id.*, p. 13.

administrative est employée comme un référent près duquel le droit civil puisse se rapprocher. « *Il n'est pas impossible peut-être de rejoindre, en pur droit civil, la théorie prétorienne élaborée par le Conseil d'État* »⁶⁰. Son argumentation articule une distanciation avec le droit administratif – prétorien et partant plus sensible à la raison de l'équité ; une concordance analogique entre la jurisprudence administrative et le code des législateurs ; et enfin une assimilation qui permette aux civilistes d'actualiser raisonnablement – c'est-à-dire sur le terrain du « pur droit » – le droit civil afin qu'il tienne compte de la vie du Droit.

- 487. Critiquer la doctrine de l'autonomie de la volonté (les contrats administratifs pris comme modèle).** – Presque consécutivement, trois thèses sont venues atténuer la spécialité du droit administratif en présentant les concessions comme un procédé topique d'un nouveau contractualisme. Elles ont accusé les évolutions dont le concept contractuel a été affecté depuis le début du XX^e siècle, et que les commotions de la Première Guerre mondiale ont achevé de bouleverser de fond en comble. C'est en ce sens que ressurgit la question des contrats d'adhésion, vecteur des mutations du droit des obligations.

[Dans les contrats administratifs], il n'y a pas comme dans le contrat idéal du Code civil deux volontés traitant sur un pied d'égalité et se déterminant librement l'une par l'autre.

De la disparité de situation des contractants, jaillit un puissant motif d'équité en faveur de la théorie de l'imprévision. Cependant, on doit convenir que ce motif n'est pas spécial aux contrats administratifs, qu'il s'appliquerait aussi bien à tous les contrats dits d'adhésion : or, quel accord civil générateur d'obligations n'est plus ou moins un contrat d'adhésion, c'est-à-dire, non pas à la vérité un contrat, mais un statut ?⁶¹

Dès lors les contrats administratifs ne sont plus un modèle dont les civilistes puissent s'inspirer pour assimiler la théorie de l'imprévision grâce à une réinterprétation heureuse du code civil. Quoique les mobiles paraissent analogues à ceux des auteurs précités, la théorie de l'imprévision est convoquée pour dénoncer les outrances de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Mieux encore que les contrats d'adhésion, elle donne à voir les gages pratiques qu'emporterait une conception du contrat qui ne repose pas artificiellement sur une égalité des parties toute virtuelle. Elle accuse en d'autres termes la différence de rapports qui s'observe dans les relations contractuelles, et que les contrats administratifs exacerbent plus que tout autre.

En dépit des divergences qui séparent le droit administratif du droit civil, la théorie de l'imprévision suppose une base très large de moralité, commune à toutes les branches du droit⁶².

⁶⁰ *Id.*, p. 202.

⁶¹ VOIRIN Pierre, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Nancy, Ancienne imprimerie Vagner, 1922 (thèse de doctorat, faculté de Nancy ; présidée par GÉNY, professeur de droit civil), p. 16-17.

⁶² *Id.*, p. 28.

L'un de ces auteurs ne manque pas de faire remarquer que la définition des concessions de services publics comme d'un contrat spécial, fut motivée par le souci de justifier une discordance avec la jurisprudence judiciaire. Aussi réproouve-t-il les civilistes qui jouent de cet argument pour rejeter au droit administratif la théorie de l'imprévision. En la rapportant à des contrats moins caractéristiques, il fait voir la contiguïté qui existe entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé.

On ne peut (...) se baser sur une prétendue nature spéciale du contrat administratif pour limiter l'admission des effets de l'imprévision aux contrats passés par l'administration. (...)

Il est toujours dangereux de raisonner sur des exemples choisis à dessein et de conclure hâtivement du particulier au général. Or, c'est le procédé qui nous paraît ici employé. Deux conventions sont prises comme termes de comparaison : d'une part, en droit privé, le marché à livrer, qui est un contrat à but spéculatif ; d'autre part, en droit public, le contrat de concession, où il est certain que l'administration traite sans rechercher un bénéfice personnel. On constate que l'opposition d'intérêts n'existe pas entre les deux parties avec la même intensité ni avec le même aspect dans le premier et dans le second. Mais en pouvait-il être autrement, quand il s'agit de deux contrats qui, au point de vue économique, ne présentent aucune ressemblance ?

La différence s'atténue singulièrement lorsqu'on compare des contrats privés et administratifs dont le but économique est sensiblement analogue⁶³.

En somme, la théorie de l'imprévision fut employée à mettre en exergue les mutations affectant la théorie des contrats. Érigés comme un référent exemplaire, les contrats administratifs servirent à caractériser ce que furent réellement les contrats du droit privé, en contraste du point de vue biaisé où les fit considérer la doctrine de l'autonomie de la volonté. Il ne fut plus question de singulariser un contrat dérangeant pour isoler une théorie qui y fût irréductible. En démontrant que le contrat administratif était topique des relations contractuelles telles qu'elles ont évolué depuis le début du XX^e siècle, il s'est agi d'y rapporter ceux des contrats dont les civilistes conservèrent une conception obsolète.

488. En écartant l'argument tiré de la nécessité du fonctionnement continu des services publics pour lui substituer un autre qui vienne justifier la théorie de l'imprévision, André BRUZIN s'évertue à lui donner une assise juridique qui ne soit pas spéciale au droit administratif. Il s'applique à convaincre que « *l'imprévision n'est pas une théorie spéciale au droit administratif* »⁶⁴. L'existence de contrats administratifs distincts par le genre des contrats entre particuliers, lui paraît être fondée sur le souhait d'exclure cette théorie du droit civil.

⁶³ BRUZIN André, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Le Puy, Imprimerie Prély, 1922 (thèse de doctorat, faculté de Bordeaux ; présidée par FERRON, professeur de droit commercial), p. 359-361.

⁶⁴ *Id.*, p. 357 sq.

Une nouvelle distinction a (...) été proposée et son examen présente une importance capitale, car elle tendrait à bannir complètement du droit privé la théorie de l'imprévision pour la cantonner dans le droit administratif. (...)

Pour soutenir cette thèse, on invoque plusieurs arguments. Tous tendent à démontrer, sinon que les contrats administratifs ont une nature spéciale, du moins que les rapports qui s'établissent entre l'administration et son co-contractant ne sont pas comparables à ceux qui existent entre particuliers⁶⁵.

Le fondement qu'il donne à la théorie de l'imprévision nous importe peu au final, si ce n'est à remarquer qu'il transcende la *summa divisio* pour rapprocher des contrats une conception de la volonté des parties moins rigide que celle issue de la doctrine classique.

Le fondement que nous avons attribué à la théorie de l'imprévision ne permet aucune distinction entre le droit privé et le droit administratif. Il ne s'agit point de commune intention des parties ; (...) la vérité est que le débiteur ne peut être astreint à l'exécution aux conditions primitives, parce que les circonstances extracontractuelles sont apparues, parce que la force obligatoire du contrat est fondée sur le consentement, se modèle logiquement sur l'étendue de la volonté des parties, et que les circonstances extracontractuelles, dépassant la limite extrême des aléas prévisibles, sont en dehors du domaine de leur volonté. La notion de circonstances extracontractuelles n'est pas spéciale au droit administratif : elle peut se révéler partout où il y a eu accord de volontés et naissance d'obligations. Elle est commune au droit public et au droit privé⁶⁶.

Déconstruire les oppositions qui furent dressées entre plusieurs contrats pour cantonner la théorie de l'imprévision à certains d'eux, ainsi que pour conserver aux autres une acception classique et intransigeante de la doctrine de l'autonomie de la volonté – voilà quelle fut l'ambition de ces auteurs. Ils ont manifesté le souci de mettre en exergue cette théorie non pas tant pour elle-même, que pour entériner une conception du contrat qui appréhendât la volonté des parties à l'aune de l'environnement économique où le contrat vint s'exécuter. C'est ce qu'entreprend MAGNAN DE BORNIER dans une thèse consacrée à dénoncer la rigidité du contrat dont son acception classique. La confrontation entre les jurisprudences administrative et judiciaire l'aide à démontrer que les contrats qui s'y rapportent ne diffèrent pas quant à leur nature ; qu'ils sont tous un vecteur de l'ordre social dont il doit être tenu compte dans leur compréhension. La justification de la théorie de l'imprévision y est sous-tendue par le souci d'appréhender juridiquement l'utilité sociale qui traverse tous les contrats, au lieu de les considérer restrictivement à l'aune des volontés dont ils résultent⁶⁷.

⁶⁵ *Id.*, p. 357-358.

⁶⁶ *Id.*, p. 363.

⁶⁷ MAGNAN DE BORNIER J., *Essai sur la théorie de l'imprévision*, Paris, Jouve & C^{ie}, 1924 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier ; présidée par NESMES-DESMARETS, professeur de droit administratif), p. 129 *sq.*

489. La théorie de l'imprévision : une remise en cause du droit civil pour son adaptation aux évolutions sociales. – Quelques années plus tard, l'on trouve encore deux thèses qui vinrent s'employer à une tâche analogue – avec, cela dit, une acuité plus vive encore que permettait le temps écoulé. Le droit civil n'y est plus seulement confronté au droit administratif, mais aussi au droit ouvrier. L'autonomie de chacune de ces disciplines académiques exacerbe le *hiatus* qui résulte de la fixité de la jurisprudence judiciaire en matière civile. L'exercice comparatif dénonce moins l'exclusion de la théorie de l'imprévision hors du droit civil, que la nouvelle assise conceptuelle du contrat. « *Un fait pour nous est certain : le recul du principe de l'autonomie de la volonté et le développement corrélatif de la théorie de l'imprévision* »⁶⁸. L'enjeu sous-jacent à cette dernière a dépassé la seule question de la capacité du droit civil à s'adapter aux circonstances extraordinaires. En citant tous ces auteurs qui dans les années 1930 ont apprécié les mutations dont le contrat fut l'objet – RIPERT, MORIN, JOSSERAND, *etc.* – Jean AUVERNY-BENNETOT discerne que l'essor résiduel de la théorie de l'imprévision ne résulte pas tant des répercussions de la Grande Guerre, qu'il n'esquisse l'avènement d'un modèle contractuel au regard duquel celui du XIX^e siècle semble dépassé. En rapprochant cette question de celle des contrats d'adhésion, il avise du déplacement subreptice d'une théorie qui, de dérogoire, peut devenir une norme déployant autour d'elle les caractères d'un commerce juridique moins individualiste. De ce point de vue, les contrats administratifs sont moins présentés comme une catégorie particulière de contrats, qu'ils ne constituent une figure moderne du contrat.

Quelle logique y-a-t-il à refuser à un entrepreneur de travaux publics et privés l'imprévision dans ses marchés avec des particuliers, alors qu'on la lui accordera dans les marchés avec l'administration ? (...)

Tous les contrats ayant un intérêt pour la société, tous comportent une part d'institution sociale. Aussi (...) est-ce à toutes les sortes de contrats que s'est peu à peu étendue une théorie qui les adapte à toutes les transformations, – même les plus normales – de la vie économique⁶⁹.

Le primat des volontés particulières s'impose encore, mais elles confèrent aux contrats une physionomie particulière dont la théorie de l'imprévision aide précisément à noter le caractère. La notion du risque se dilue, sinon perd de son intensité ; le contrat tend moins à être une pure opération spéculative qu'un échange dont la proportion des prestations doit être normalisée. « *Cette notion du risque est aujourd'hui complètement transformée et par la théorie de l'imprévision et par l'habitude des clauses, destinées à parer à l'imprévu* »⁷⁰.

⁶⁸ AUVERNY-BENNETOT Jean, *La théorie de l'imprévision. Droit privé, droit administratif, droit ouvrier*, Paris, Recueil Sirey, 1938 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par CASSIN, professeur de droit civil), p. 167.

⁶⁹ *Id.*, p. 101.

⁷⁰ *Id.*, p. 165.

490. Un autre docteur explicite plus clairement cette ambition doctrinale – Constantin STOYANOVITCH :

En étudiant le problème de l'imprévision dans la théorie des contrats qui est en même temps celui de l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues, nous ne nous sommes pas limité exclusivement au domaine du droit positif, du droit en vigueur. Notre examen du problème en question a porté sur un domaine plus large : celui du droit de l'avenir⁷¹.

Dans cette thèse également, le comparatisme met à nu les réticences du droit civil à s'adapter aux évolutions juridiques contemporaines – qui peuvent tant s'observer dans d'autres disciplines académiques, que dans les législations étrangères.

Nous avons pu démontrer qu'une idée de justice et de droit à l'égard de la théorie de l'imprévision réclamant la consécration de celle-ci à titre de règle générale s'est formée dans les esprits ; que cette idée, étant toute nouvelle, n'a rien à voir avec le Code civil qui lui est totalement étranger, et que, par conséquent, la jurisprudence a tort de ne pas vouloir lui prêter la forme d'une règle de droit. L'idée de cette règle de droit générale trouve sa source dans le fait que la théorie de l'imprévision est entièrement sanctionnée dans les branches du droit autres que celle du Droit civil : dans le Droit ouvrier, dans le Droit administratif et dans le Droit international, public et privé ; dans le fait que plusieurs pays étrangers la sanctionnent sans que cela ait aucun inconvénient pour le commerce juridique⁷².

Dans une perspective différente de ceux qui dans les années 1920 s'évertuaient à actualiser la valeur du code civil, Constantin STOYANOVITCH ne cherche plus tant à fonder en droit une théorie prétorienne, qu'à ajuster le droit aux faits – pour paraphraser le titre d'un ouvrage de Gaston MORIN⁷³. La théorie de l'imprévision n'est plus une correction nécessaire que le droit civil doit assimiler, mais l'exemple topique des mutations qui transforment le Droit. La résistance du droit privé à son égard est une illustration de ce qu'il ne peut rester immuable sans nier les nécessités sociales.

En modifiant la conception du contrat d'il y a 140 ans, la théorie de l'imprévision a élargi le champ d'action de l'ordre juridique objectif et a restreint celui du contrat. Autrement dit, elle a changé le rapport entre les fonctions de l'État et celles des individus au profit des premières et au détriment des seconds, en « socialisant » en quelque sorte la sphère de l'activité individuelle. – Le contrat, tout en étant l'acte de deux ou de plusieurs volontés, ne doit pas être considéré comme l'œuvre de ces volontés, car celles-ci ne sont douées d'aucune faculté créatrice, étant donné la caducité de la théorie de l'autonomie de la volonté humaine, attestée par les faits⁷⁴.

⁷¹ STOYANOVITCH Constantin, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues. Théorie de l'imprévision*, Marseille, Leconte, 1941 (thèse de doctorat, faculté d'Aix ; présidée par AUDINET, professeur de droit civil), p. 485.

⁷² *Id.*, p. 486.

⁷³ Cf. l'ouvrage de Gaston MORIN intitulé : *La révolte de faits contre le code* (1920).

⁷⁴ *Id.*, p. 491.

Ce faisant, les « *distinctions entre les contrats administratifs et les contrats civils ne sont (...) qu'apparentes* »⁷⁵. S'il admet que les premiers s'assimilent volontiers à des contrats d'adhésion, c'est en ajoutant que les seconds s'en rapprochent également par la force des choses :

La force du contrat civil a bien évolué de puis la promulgation du Code Napoléon. Le contrat d'adhésion est aujourd'hui une forme très usuelle. Les contrats de transport, d'assurance, de vente à prix fixe, de fournitures par les grandes compagnies, le contrat de travail soit sous le régime du règlement d'atelier, soit sous le régime de la convention collective, ont ce caractère, exactement comme les contrats administratifs⁷⁶.

Pour être restées personnelles à leurs auteurs, les conclusions développées dans ces thèses témoignent du fait que la théorie de l'imprévision a toujours été considérée en rapport avec l'inertie supposée du droit civil. Elle encadra une partition entre contrats administratifs et contrats civils, tantôt approuvée, critiquée ou subvertie – mais qui dans tous les cas participa à déterminer l'identité des seconds en les confrontant aux premiers. Corollairement, les contrats administratifs furent investis d'une valeur, assignée pour la cause, et à laquelle les administrativistes ne furent pas totalement indifférents.

- 491. Une hostilité à la théorie de l'imprévision motivée par le rejet de l'interventionnisme judiciaire.** – D'autres thèses – moins nombreuses, il est vrai – ont été réalisées en attisant la *summa divisio*. Ainsi Georges CATTAND s'attacha à démontrer que l'imprévision est « *un principe très étonnant pour un juriste civil, et contraire à l'article 1134 [du code civil]* »⁷⁷ ; une théorie à travers laquelle la clause *rebus sic stantibus* spécifie les droits publics interne et international, plus affectés du droit objectif que ne l'est un droit privé pensé autour de l'individu. Certes, ces travaux orientés vers le droit international manifestent des préoccupations d'un ordre différent, où le droit interne – aussi bien public que privé – n'est convoqué qu'à titre de référent marginal. D'autres auteurs démontrèrent une hostilité plus explicite encore à l'encontre de la théorie de l'imprévision. S'y exprime presque systématiquement une réticence vis-à-vis d'un pouvoir prétorien qui puisse transformer les conventions indépendamment de la volonté des parties. Ainsi Jean LAPEYRE regrette que le Conseil d'État fasse « *du droit prétorien* » en se substituant au pouvoir naturellement échu au législateur⁷⁸. Du reste, il entreprend une étude assez sèche qui n'en fait pas l'une des plus intéressantes pour notre sujet. Elle n'en participe pas moins des critiques récurrentes qui sont

⁷⁵ *Id.*, p. 74.

⁷⁶ *Id.*, p. 77-78.

⁷⁷ CATTAND Georges, *La clause « rebus sic stantibus » du droit privé au droit international*, Paris, Les Presses modernes, 1929 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par GEOUFFRE DE LA PRADELLE, professeur du droit des gens), p. 102.

⁷⁸ LAPEYRE Jean, *De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, Paris, Dalloz, 1923 (thèse de doctorat, faculté de Poitiers ; présidée par ROUSSEAU, professeur de droit commercial), p. 85.

exprimées au soutien de la doctrine de l'autonomie de la volonté, craignant au travers de la théorie de l'imprévision l'immixtion du juge dans l'intimité du contrat. Cette préoccupation se retrouve argumentée dans une autre thèse, tout aussi peu originale mais peut-être plus représentative de l'opinion classique en vogue dans la doctrine civiliste.

Le principe de l'imprévision (...) détruirait la stabilité des conventions dont le respect serait mis en cause. (...) En second lieu, il donnerait lieu à l'arbitraire du juge, qui aurait très souvent l'occasion de s'immiscer dans les rapports des deux parties contractantes et substituer sa volonté à celle que les parties ont eu lors de la passation du contrat.

Or, c'est justement cet arbitraire du juge que les rédacteurs du Code ont craint, c'est cet arbitraire qu'ils ont voulu éviter en rédigeant des dispositions claires et précises et en limitant le pouvoir d'interprétation du juge uniquement aux clauses obscures et qui peuvent donner lieu à un doute quant à leur exécution⁷⁹.

En somme, ce n'est pas pour des raisons tirées d'un conservatisme borné que nombre de juristes exprimèrent leur circonspection vis-à-vis de la théorie de l'imprévision, mais pour le travestissement de l'office juridictionnel qu'elle supposait. Si les thèses plus haut étudiées ont traité de cette théorie pour subvertir, sinon pour oblitérer la doctrine de l'autonomie de la volonté, elles doivent être rapportées pour ce qu'elles sont. Sans mésestimer leur valeur, bien au contraire, elles incarnent une opinion minoritaire – tout juste relayée par des autorités aussi marginales que le fut le doyen montpelliérain Gaston MORIN. Elles n'en sont pas moins systématiquement citées toutes les fois où il est question de l'imprévision ou de la force majeure, signalant par là qu'elles furent considérées avec gravité.

492. Les ouvrages universitaires didactiques et destinés à un public étudiantin – traités, manuels, précis, *etc.* – en rendent très bien compte. Certes, il est édifiant de discerner les problématiques au travers desquelles la théorie de l'imprévision fut appréhendée. Il ne l'est pas moins de repérer à quels propos les universitaires privatistes l'ont articulée dans leur représentation du droit civil. En touchant à l'intangibilité des obligations, c'est presque toujours au sujet de leurs effets qu'elle fut abordée – à la suite de la théorie de la force majeure et du cas fortuit. En outre, elle a permis d'aborder la contemporanéité de la doctrine de l'autonomie de la volonté, posée en vis-à-vis avec un pouvoir prétorien allant se renforçant – de pair avec un interventionnisme législatif – et suscitant une profonde perplexité parmi la doctrine civiliste. Au milieu des années 1930, le traité des professeurs PLANIOL et RIPERT rapporte une opinion classique : « *La raison profonde d'hostilité à l'égard de la doctrine de l'imprévision est cependant la crainte de l'arbitraire du juge* »⁸⁰. Les réticences qui y sont

⁷⁹ POPESCU Corneliu-Mihail, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, Paris, L.G.D.J., 1937 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par DEMOGUE, professeur de droit civil), p. 219.

⁸⁰ PLANIOL Marcel & RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1925-1934 (1^{re}

manifestées ne résident pas tant – ou pas seulement – dans l'instabilité des relations juridiques que dans l'interposition du juge entre les parties. Aussi la réception de la théorie de l'imprévision en droit privé doit-elle s'apprécier aux côtés des mutations qui ont affecté le droit des obligations, comme une option plus radicalement subversive auprès d'autres, plus conciliantes avec la doctrine de l'autonomie de la volonté. C'est en ce sens que les auteurs précités ajoutent à leurs propos :

Les juridictions judiciaires ont (...) maintenu avec fermeté le principe de la liberté des conventions et le caractère obligatoire des engagements volontaires exprès ou tacites, supposés libres et licites, en s'inspirant de l'*intention des parties*. Elles se sont constamment refusées à réviser les contrats sous prétexte d'*imprévision*, même à l'occasion des circonstances anormales traversées depuis 1914.

Mais les tribunaux, usant pleinement du pouvoir de contrôle leur appartenant sur la licéité et la moralité du contrat, ont utilisé la notion de *cause* (...) au delà des prévisions et conceptions des interprètes, pour démasquer les visées immorales poursuivies par les contractants et censurer leur œuvre par la nullité⁸¹.

La thèse de Jacques MAURY sur l'idée d'équivalence⁸² ; les ouvrages d'Henri CAPITANT sur le concept de cause⁸³, de Pierre LOUIS-LUCAS sur la lésion⁸⁴, de Louis JOSSERAND sur l'abus des droits⁸⁵ ont profondément contribué à atténuer les accents intransigeants de la doctrine de l'autonomie de la volonté, sans en miner la valeur théorique. Cela en astreignant le juge du contrat à confiner son appréciation du contrat dans le cadre défini par les volontés des parties – fussent-elles virtuelles –, plutôt qu'à mesurer l'influence de faits extrinsèques à son économie. Nous ne souhaitons pas nous engager plus en avant sur ce point, sauf à déborder notre sujet. Seul nous importe de considérer que le rejet de la théorie de l'imprévision est concomitant de théories doctrinales dont l'objet fut de penser les fondements de la doctrine de l'autonomie de la volonté avec moins de rigorisme. Il serait regrettable d'imputer à la doctrine civiliste une attitude purement conservatrice et négative ; les perspectives vers lesquelles elle s'est majoritairement engagée ont été déterminées à cette époque par une conception classique de l'office judiciaire. C'est-à-dire une conception qui malgré ses avatars les plus hétéroclites, rapporte le juge aux volontés des parties plutôt qu'à la convention elle-même. C'est sous cet aspect que la théorie de l'imprévision est présentée dans la plupart des ouvrages : une théorie condamnée qui élève le juge jusqu'au contrat, au lieu de le fixer à être l'exégète de l'intention des

éd., 14 vol.), t. 6 (1930 ; avec la collaboration de Paul ESMEIN), p. 553.

⁸¹ *Id.*, t. 6 (1930), p. 25.

⁸² Cf. la thèse de Jacques MAURY : *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français* (1920).

⁸³ Cf. cet ouvrage d'Henri CAPITANT : *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)* (1923).

⁸⁴ Cf. cet ouvrage de Pierre LOUIS-LUCAS : *Lésion et contrat* (1926).

⁸⁵ Cf. cet ouvrage de Louis JOSSERAND : *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits* (1927).

parties⁸⁶. Seuls quelques auteurs – mais pas des plus insignifiants – se sont distingués en développant des opinions plus singulières au regard de cette orthodoxie doctrinale – souvent des ouvrages se rapprochant de l'essai plutôt que du traité⁸⁷.

493. La théorie de l'imprévision : une théorie controversée opposant deux conceptions antinomiques du contrat. – Sous la plume du professeur montpelliérain MORIN, l'évocation de la théorie de l'imprévision participe d'une violente critique de l'individualisme tel qu'il se donne à voir à travers le contrat. « *En prétendant fixer l'avenir par le contrat et par la loi, l'individualisme méconnaît le mouvement de la vie* »⁸⁸. Tandis qu'il rapporte l'intervention du législateur et l'audace de la jurisprudence administrative, il ne présente pas ces initiatives comme autant de réactions conjoncturelles imposées par les circonstances – sous la fêrule de la nécessité. Bien au contraire, il convoque ces exemples pour souligner l'amplification d'une évolution latente.

Une telle politique juridique n'est pas, ainsi qu'on pourrait le croire, en rupture brusque avec celle suivie avant la guerre. Sur ce point, comme sur tant d'autres, la guerre n'a fait qu'accentuer, que précipiter l'évolution antérieure à elle⁸⁹.

Si ailleurs il admet que le « *fondement justificatif de [la] solution [de l'arrêt du Conseil d'État de 1916] ne peut (...) être purement et simplement appliqué par analogie aux contrats de pur droit civil* »⁹⁰, c'est pour marquer l'inadéquation du droit positif aux exigences

⁸⁶ Cf. les ouvrages suivants (rapportés dans l'ordre chronologique) : CAPITANT Henri & COLIN Ambroise, *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, Dalloz, 1927-1929 (5^e éd., 3 vol.), t. 2 (1928), p. 11 ; BONNECARRÈRE Philippe, LABORDE-LACOSTE Marcel & CRÉMIEU Louis, *Précis de droit civil à l'usage des étudiants de capacité (conforme au programme des examens de capacité)*, Paris, Sirey, 1926-1928 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 28 sq. ; HÉMARDE Joseph, *Précis élémentaire de droit civil*, Paris, Sirey, 1928-1930 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1929), p. 97 sq. ; PLANIOL Marcel & RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 6 (1930), p. 545 ; PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Paris, L.G.D.J., 1928-1932 (10^e éd., 3 vol.), t. 2 (1931), p. 438 ; BEUDANT Charles, *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1934-1949 (2^e éd., 14 vol.), t. 8 (1936), p. 419 (publication posthume assurée par Robert BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, avec la collaboration de Gaston LAGARDE).

⁸⁷ Cf. les ouvrages suivants (rapportés dans l'ordre chronologique) : CORNIL Georges, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris, Giard, 1924, p. 118 ; RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1925 (1^{re} éd.), p. 126 ; BONNECASE Julien, *Supplément [à la troisième édition du] Traité théorique et pratique de droit civil par G. BAUDRY-LACANTINERIE*, Paris, Tenin, 1924-1935 (6 vol.), t. 3 (1926), p. 572 ; JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français conforme aux programmes officiels des facultés de droit*, Paris, Sirey, 1929-1930 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1930), p. 192 ; DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1923-1933 (7 vol.), t. 6 (1932), p. 686 ; BONNECASE Julien, *Précis de droit civil (conforme au programme officiel des facultés de droit)*, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1934-1935 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2 (1934), p. 344.

⁸⁸ MORIN Gaston, *La révolte des faits contre le code (Les atteintes à la souveraineté des individus. – Les formes actuelles de la vie économique : les groupements. – Esquisse d'une structure nouvelle des forces collectives.)*, Paris, Grasset, 1920, p. 131.

⁸⁹ *Id.*, p. 135. Cet extrait, emprunté à l'ouvrage précité, parvient d'un article qu'il fit paraître pendant la guerre : « L'individualisme de la révolution française et du code civil et la structure nouvelle de la vie économique » (*in Revue métaphysique et de morale* 1917, p. 517).

⁹⁰ MORIN Gaston, *La loi et le contrat : la décadence de leur souveraineté*, Paris, Alcan, 1927, p. 75-76.

sociales contemporaines. La jurisprudence administrative est dissidente d'une compréhension rigoureuse du droit civil, parce que celui-ci, en faisant une trop grande part au contrat⁹¹, se montre impropre à résorber les iniquités qu'il engendre. Gaston MORIN pointe malicieusement les entreprises doctrinales soucieuses de raccorder ce qui lui paraît inconciliable :

Sans doute, certains jurisconsultes prétendent que l'on peut concilier la solution contraire du Conseil d'État avec le principe de l'article 1134 du Code civil sur la force obligatoire des contrats. (...)

[Leur] argumentation représente l'effort vain d'une casuistique, subtile sans doute, mais que déforme la réalité et le sens véritable de l'article 1134 dans lequel on verse un contenu nouveau.

À coup sûr, d'après le texte comme d'après l'esprit de cet article, ce qui est obligatoire, c'est la volonté unilatérale, telle qu'elle s'est exprimée une fois pour toutes, et non la volonté dans sa mobilité psychologique. Chaque partie est enfermée dans la geôle, enserrée dans les tenailles du contrat⁹².

C'est en ce sens que l'un des docteurs dont Gaston MORIN a dirigé les travaux, proposa une théorie de la lésion qui pût raffermir la justice contractuelle, et dans la continuité de laquelle il entrevit l'opportunité d'y articuler la théorie de l'imprévision⁹³. Tout en reconnaissant l'autonomie du droit administratif, le référent offert par la jurisprudence administrative permet de dénoncer la rigidité du contrat à laquelle aboutit l'acception classiquement admise par la doctrine civiliste. Il permet d'exposer un *hiatus* propre à faire voir les corrections que le droit des obligations pût recevoir en tempérant ses aspects individualistes, voire même en lui substituant d'autres paradigmes.

494. Suivant une certaine symétrie qui corrobore notre hypothèse, la doctrine civiliste *néoclassique* – pour emprunter l'expression aux professeurs JAMIN & VERDINKT⁹⁴ – repousse la jurisprudence administrative dont les ressorts contrastent singulièrement avec la conception libérale et individualiste du contrat qu'elle se donne. Cette jurisprudence est rejetée comme une incongruité qu'explique précisément l'autonomie du droit administratif. Elle n'est pas employée comme référent, mais plutôt comme une figure archétypale inversée dont la convocation permet de rehausser la valeur de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Les contrats

⁹¹ Dans un article paru la même année que ce dernier ouvrage, Gaston MORIN écrit à ce sujet : « *Cet accord pleinement libre, où chacun n'est obligé que comme il l'a voulu, c'est précisément le contrat qui devient ainsi le moule unique dans lequel devra se couler la vie économique tout entière. Le code civil a pu ainsi très justement être appelé le Code des contrats* » (« Le sens des transformations contemporaines du droit », in *Revue métaphysique et de morale* 1927, p. 255).

⁹² MORIN Gaston, *La loi et le contrat...*, *op. cit.* (1927), p. 77-79.

⁹³ MAYNAU Jean, *Les fictions de contrats dans le code civil et depuis le code civil*, Montpellier, Imprimerie de l'« Économiste méridional », 1924 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier ; présidée par MORIN, professeur de droit civil), p. 351.

⁹⁴ JAMIN Christophe & VERKINDT Pierre-Yves, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX^e siècle », in KASIRER Nicholas (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 103.

administratifs au caractère desquels la théorie de l'imprévision participe, transgressent l'acception civiliste du contrat en ne conférant pas aux intentions des parties une prédominance exclusive de toutes autres considérations. Ces civilistes s'approprient volontiers des arguments formalisés par quelques administrativistes – tels par exemple : les services publics pour le fonctionnement desquels ces contrats sont passés, leur impriment le poids de ses nécessités. Ainsi dans le traité (précité) de PLANIOL et RIPERT – en exposant les tenants et les aboutissants de cette doctrine :

Tout en admettant que la collaboration des particuliers avec les services publics peut, entre autres procédés, résulter d'accords bilatéraux de volontés remplissant les conditions essentielles des contrats du droit privé, [la doctrine et la jurisprudence administratives] refusent d'appliquer à ces accords les textes du Code civil et des autres lois du droit privé. Elles s'inspirent seulement des idées générales qui justifient ces textes, en les combinant avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu des services publics. Tel est le principe essentiel que les arrêts du Conseil d'État (...) ont dégagé successivement pour les manifestations unilatérales de volonté, puis en matière de responsabilité délictuelle, ensuite pour les contrats administratifs⁹⁵.

Certes, cette présentation des choses est largement redevable de Gaston JÈZE auquel elle emprunte à peu près sa conception du contrat administratif. Ce qui est signifiant, c'est l'exemple que PLANIOL et RIPERT convoquent – celui de l'imprévision – pour incarner une divergence devenue irréconciliable. Les contrats administratifs sont un support doctrinal commode pour éconduire la théorie de l'imprévision, laquelle est connotative d'un droit autonome du droit privé – le droit administratif. L'extrait précédent se poursuit en ces termes :

Ces arrêts ont ainsi appliqué aux contrats dénommés par eux *contrats de droit public*, notamment aux concessions de services et travaux publics, et aux marchés de fournitures, la notion de l'imprévision, que précisément, les juridictions judiciaires ont écartée, comme étrangère à notre droit privé⁹⁶.

D'où ces propos sont-ils extraits ? Dans le fil d'une présentation de la doctrine de l'autonomie de la volonté, dont la valeur s'apprécie à l'aune de tempéraments présentés en fait comme des exclusions. Aussi d'après ces auteurs, les « *contrats de droit public* »⁹⁷ ne sont pas des exemples qui sapent ses fondements ; ils apparaissent plutôt comme des cas-limites qui encadrent de l'extérieur du droit civil l'empire des volontés individuelles. Ils ne descendent pas d'une gradation qui les ferait s'éloigner de la mouvance du droit privé sans jamais rompre avec lui toutes les correspondances. La doctrine de l'autonomie de la volonté demeure ainsi immaculée parce qu'elle réduit son influence aux contrats du droit privé. Bien sûr, ils recourent à la doctrine de Gaston JÈZE, mais ce faisant PLANIOL et RIPERT ne s'essayaient pas à en

⁹⁵ PLANIOL Marcel & RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 6 (1930), p. 29-30.

⁹⁶ *Id.*, p. 30.

⁹⁷ *Ibid.*

assurer la diffusion. Ils la mobilisent pour articuler une ségrégation qui confine à la périphérie du droit privé les irréductibilités incompatibles avec la doctrine de l'autonomie de la volonté. Les contrats administratifs sont déjà des contrats relégués. À cet égard, ils ont été employés par quelques privatistes à fixer en dehors du droit privé des aspects inassimilables à ce dernier.

Paragraphe 2. – Le contrat administratif employé par les privatistes à capter les mutations hétérogènes du droit privé

495. La relégation des contrats administratifs hors du droit civil. – Suivant une exposition plus ou moins explicite, les civilistes rétifs envers la théorie de l'imprévision s'empressèrent de marquer une distinction entre les contrats de l'administration assujettis à la juridiction administrative et les autres. Leurs arguments ne sont pas forcément originaux. Souvent ils sont empruntés aux conclusions de CHARDENET ou bien à Gaston JÈZE. Le trait est porté sur la nécessité d'un fonctionnement des services publics continu ; sur la configuration spéciale dans laquelle les contractants de l'administration sont placés comme collaborateurs du service public plutôt que comme spéculateurs ; sur le surplomb du haut duquel l'administration fait exécuter ses contrats en ordonnant unilatéralement toutes les mesures opportunes. Ces divers motifs sont importants par le réaménagement doctrinal auquel ils contribuent. Bien sûr, la plupart des civilistes écrivent après que certains administrativistes ont formalisé une théorie propre aux contrats administratifs. Et pourtant, nous persistons à les considérer avec attention car en réceptionnant une doctrine administrative, ils entérinent et cautionnent une perspective doctrinale qui – quelques années plus tôt – eût paru hérétique si elle n'avait reposé sur une théorie controversée mais tout à fait consacrée – la théorie de l'imprévision en droit administratif. L'enjeu a été de la cantonner à ce droit spécial en arguant du dualisme des contrats – c'est-à-dire de la coexistence de deux catégories de contrats qui, tout en participant d'une idée générique du contrat qui leur soit commune, n'en restent pas moins spéciaux les uns par rapport aux autres. Il était ordinaire jusqu'alors de reconnaître à certains contrats des particularités qui les distinguent : comme pour les contrats commerciaux et administratifs par exemple. Avec la théorie de l'imprévision, il n'est plus question de cela : cette spécialité n'a plus le même sens et lorsqu'elle invoquée à propos des contrats administratifs, il s'agit pour les civilistes de les exclure plutôt que de les articuler à une taxinomie générale des contrats. Nous avons dit dans un chapitre précédent comment le contrat fut

mobilisé par la doctrine civiliste pour énoncer le génie du droit privé : celui d'un droit consensuel, libéral et protecteur des individus en ce qu'il permet de donner libre cours à la puissance de leurs volontés⁹⁸. La transgression qu'introduit la théorie de l'imprévision quant à l'intangibilité des obligations conventionnelles est telle que l'archétype contractuel s'en est retrouvé menacé. D'où la ferme réaction des civilistes – une réaction généralisée, quoique non unanime. En tirant profit de cette entreprise doctrinale par laquelle les administrativistes se sont approprié le contrat par le biais d'une théorie propre, les civilistes inclinèrent à penser le contrat administratif comme une singularité du droit administratif, plutôt qu'ils ne le conçurent comme une déclinaison du droit civil sur lequel il fût susceptible de rétroagir. Ainsi pour exemple :

[La] jurisprudence [du Conseil d'État] tendait à sauvegarder le fonctionnement d'un service public compromis par une application trop rigoureuse de la convention ; elle s'explique aussi par la nature spéciale du contrat administratif : les pouvoirs exorbitants du concédant, qui peut modifier dans une certaine mesure le contrat en cours d'exécution, justifient une certaine compensation en faveur du concessionnaire.

La jurisprudence [judiciaire] n'a pas pu s'engager dans cette voie. Les juges n'ont pas à modifier le contrat ; celui-ci (...) s'impose à eux, comme aux parties⁹⁹.

Peu avant, un autre encore s'expliquait la théorie de l'imprévision du droit administratif par la nature même des concessions de service public. À l'instar de Roger BONNARD, à l'autorité duquel il se rallie, le civiliste parisien HÉMARD se convainc de l'exclusion de cette théorie du droit privé par ce motif : « *Le caractère à la fois contractuel et réglementaire des contrats administratifs. En cas d'imprévision, le contrat demeure, c'est l'élément règlement, relatif aux prix, qui change* »¹⁰⁰.

496. La manière dont les civilistes ont réceptionné la jurisprudence administrative relativement à l'imprévision se ressent des vicissitudes qui ont frappé le droit des obligations depuis la Grande Guerre. La discussion systématique de cette jurisprudence dénote un malaise profond vis-à-vis de certains bouleversements conjoncturels, dont la question de savoir s'ils participaient de transformations latentes et antérieures aux années de guerre fit s'interroger sur la nature du contrat. La théorie de l'imprévision fut présentée comme une commotion résiduelle, introduite précautionneusement par la Loi en certaines matières – particulièrement les marchés commerciaux et les baux d'habitation. Il n'en reste pas moins que ces législations d'exception, toutes ponctuelles et dérogoires aux principes du code civil, exposèrent la théorie de l'imprévision sous un aspect préoccupant. Pour d'aucuns elle incarna emblématiquement les mutations qui vinrent mutiler le contrat

⁹⁸ Cf. le chapitre 2, titre III, seconde partie.

⁹⁹ BEUDANT Charles, *Cours de droit civil français, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 8 (1936), p. 420.

¹⁰⁰ HÉMARD Joseph, *Précis élémentaire de droit civil, op. cit.* (1^{re} éd.), t. 2 (1929), p. 100.

dans sa conception classique. Comme ce docteur selon qui la loi dite Failliot (21 janvier 1918)¹⁰¹ se « *distingue de la plupart des lois de circonstance et même de l'ensemble de nos lois* »¹⁰².

La loi Failliot introduit dans nos théories juridiques un esprit nouveau. Pour parer à la défaillance du Code et de la jurisprudence, et faire aboutir le projet, les travaux préparatoires avancent une argumentation qui institue directement la critique de notre institution contractuelle. Ils nous placent par conséquent en face d'un problème juridique plus général. (...) Si la guerre a dénoncé l'impuissance de notre instrument conventionnel, cette impuissance doit se retrouver ailleurs et l'iniquité qui résulterait de l'impasse de l'article 1134 et contre laquelle il a fallu réagir, doit reparaître en quelque autre point du système des contrats¹⁰³.

Plus loin il affine sa critique :

L'intérêt permanent de la loi Failliot c'est, en nous forçant à prendre garde aux situations injustes causées par le conflit, de nous ouvrir les yeux sur les nombreuses injustices auxquelles notre système contractuel ouvre la voie¹⁰⁴.

Si les travaux réalisés à propos de cette loi – et d'autres analogues¹⁰⁵ – ne sont pas tous portés par cette ambition critique, loin s'en faut, leur fréquence témoigne de l'angoisse que la Grande Guerre cristallisa autour des principes fondamentaux du contrat¹⁰⁶. Nous l'avons entrevu plus haut : si la théorie de l'imprévision fut autant controversée, c'est tant à raison de la remise en cause de l'intangibilité des obligations que pour l'immixtion du juge dans le libre jeu de la liberté contractuelle. Cette dernière préoccupation fut vivement ressentie si l'on considère le nombre de thèses qui s'y sont rapportées dans l'Entre-deux-guerres. Leur valeur inégale nous importe peu, car elles ne laissent d'incarner d'une profonde perplexité, largement diffuse dans la doctrine civiliste. La thèse de Christian TALAMON entreprise en 1926 sur l'office de la Cour de cassation en matière contractuelle l'illustre. En intervenant à une époque où la guerre faisait encore ressentir ses répercussions, le juge de cassation est présenté

¹⁰¹ Cf. la loi du 21 janvier 1918, relative aux marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre (*in Journal officiel* 1918 (23 janvier), n° 22, p. 837).

¹⁰² MULTZER O'NAGHTEN Hubert, *La loi Failliot et les principes du contrat consensuel*, Paris, Rousseau & Cie, 1925 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par PIEDELIÈVRE, professeur de droit civil), p. 66.

¹⁰³ *Id.*, p. 67.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 76.

¹⁰⁵ Nous pensons à la loi concernant la résiliation des baux ruraux par suite de la guerre (17 août 1917) ; celle relative aux modifications apportées aux baux à loyer par l'état de guerre (9 mars 1918) ; ou celle ayant pour objet de garantir aux mobilisés la reprise de leur contrat de travail (22 novembre 1918).

¹⁰⁶ Nous avons recensé pas moins de six thèses soutenues entre 1917 et 1920, relativement aux effets de la guerre sur les contrats – celles de BRUNET (*La guerre et les contrats*, 1917) ; GUEULLETTE (*Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, 1918) ; CANET (*Des effets de la guerre sur l'exécution des contrats synallagmatiques et en particulier des baux à loyer et des contrats commerciaux. Essai d'une théorie des risques contractuels de guerre, en droit français*, 1920) ; LEPARGNEUR (*La prorogation des contrats à exécution successive après un cas de force majeure et particulièrement à la suite de la guerre de 1914*, 1920) ; TATRY (*Loi du 21 janvier 1918 sur les marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre*, 1920) ; VILLEY DESMESERETS (*De l'intervention du législateur dans l'interprétation des contrats (à propos de la loi du 9 mars 1918)*, 1920).

comme un conservateur des volontés contractuelles. À cet égard, la théorie de l'imprévision y est analysée comme « *antijuridique* »¹⁰⁷. La Cour de cassation – par son contrôle exercé sur les décisions des juridictions du fond – apparaît à travers ces travaux comme le garant inflexible du Droit plutôt qu'elle n'y est présentée comme la providence des faibles en s'attachant au primat de la Justice. C'est précisément par ce biais que plusieurs thèses vinrent ultérieurement oblitérer cette approche rigoriste en pointant l'insensibilité – et/ou l'inconscience – du juriste dans son refus intransigeant de tenir compte de la discordance croissante entre le Droit et la Justice. Ces thèses indiquent par quoi s'exprimèrent les tensions qui ont traversé le contrat durant cette période. À l'instar de l'avocat Pierre BONNET dénonçant les rigidités d'un Droit mal disposé à satisfaire les besoins contemporains¹⁰⁸ – et dont les réflexions participent de celles d'un Jean CRUET sur la disharmonie entre les lois et le Droit¹⁰⁹ –, certains docteurs marquèrent une vive sollicitude pour que le contrat ne fût pas la Bastille des iniquités. « *L'art. 1134 (...) ne prévoit pas le cas où l'utilité sociale pourrait exiger la protection du contractant au lieu de la protection du contrat* »¹¹⁰.

497. La recomposition de la doctrine de l'autonomie de la volonté autour d'une justice contractuelle : le repli de la doctrine civiliste sur elle-même. – En s'interrogeant sur l'adéquation de la doctrine de l'autonomie de la volonté avec l'idée d'une justice contractuelle, Gaston ROUSSEL aborde précisément la légitimité du juge et du législateur à s'immiscer jusqu'au cœur des contrats entre particuliers.

La bonne méthode d'intervention dans l'exécution [des contrats] serait, en France, celle qui concilierait le principe d'autonomie de la volonté avec celui qui veut qu'une justice supérieure domine le contrat comme tous les actes des hommes vivant en société¹¹¹.

Ce faisant l'appréciation porte moins sur les intrusions souffertes par les parties, que sur la doctrine de l'autonomie de la volonté. Celle-ci est non plus appréhendée comme le vecteur d'une puissance de l'individu dont toute atténuation serait une négation de sa liberté ; mais plutôt comme celui de la reconnaissance de « *prérogatives sociales, destinées à se réaliser socialement, équitablement* »¹¹².

¹⁰⁷ TALAMON Christian, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation. L'interprétation et l'application des contrats*, Paris, Masson & C^{ie}, 1926 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par RIPERT, professeur de droit civil), p. 82.

¹⁰⁸ Cf. cet ouvrage de Pierre BONNET : *Le droit en retard sur les faits. Aperçu de notre évolution économique et juridique du 1^{er} Empire à nos jours* (1930).

¹⁰⁹ Cf. cet ouvrage de Jean CRUET : *La vie du droit et l'impuissance des lois* (1908).

¹¹⁰ GAUDIN DE LAGRANGE Emérentienne, *L'intervention du juge dans le contrat*, Paris, Sirey, 1935 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier ; présidée par BECQUÉ, professeur de droit civil), p. 20.

¹¹¹ ROUSSEL Gaston, *Le contrat : de l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1936 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par RIPERT, professeur de droit civil), p. 267.

¹¹² JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Jouve & C^{ie}, 1927 (1^{re} éd.), p. 116.

[Les obligations] comportent une finalité à l'encontre de laquelle elles ne sauraient être utilisées : dans notre droit français, (...) les contrats sont de bonne foi : (...) ils ne sont appelés à devenir l'instrument de la fraude ou de l'injustice ; ils ne sont pas à eux-mêmes leur propre finalité, mais des moyens employés en vue d'un but à atteindre ; les éloigner de ce but, c'est commettre un abus du droit contractuel¹¹³.

C'est également en ce sens que fut entreprise la thèse de Jacqueline MARSON¹¹⁴. Ce n'est pas dire que la doctrine de l'autonomie de la volonté y est écartée comme si elle fût tombée en désuétude ; seulement elle est rapportée à l'objet social inhérent à tous contrats. L'idée de technique contractuelle s'est développée pour désigner une méthode législative et jurisprudentielle destinée à résorber les inégalités de fait, en garantissant dans les relations contractuelles un standard d'équité¹¹⁵. « *Le finalisme social particulièrement développé de la technique moderne justifie le contrôle exercé sur elle par l'État politique, et son intervention, sinon législative, au moins arbitrale* »¹¹⁶. Aussi cette technique est-elle le pendant d'une politique contractuelle de l'État employée pour qu'il « *exerce avec plus de souplesse et d'à propos l'indispensable contrôle des forces économiques* »¹¹⁷. C'est une finalité analogue que poursuit une dernière thèse – celle de Joseph ZAKSAS. En démontrant que le contrat survit à l'étiollement de la doctrine de l'autonomie de la volonté, la technique contractuelle est présentée comme le vecteur d'une équité contractuelle ; le contrat apparaît comme un biais par lequel les interventionnismes prétorien et législatif corrigent les inégalités économiques¹¹⁸. Nonobstant certaines disparités d'opinion, ces auteurs s'essayaient en fin de compte à concevoir des perspectives nouvelles par lesquelles le contrat puisse s'offrir à une fonction juridique différente : cessant d'être appréhendé comme l'enceinte sacrée où l'individu se détermine par l'usage de sa faculté de vouloir, il est davantage employé comme une technique juridique qui, pour être contingente, doit garantir la société contre les inégalités économiques dont certains individus peuvent se rendre responsables par le jeu de leur propre liberté contractuelle. Ce faisant, ils se sont attachés à transfigurer les accidents de l'évolution juridique en une dynamique qui renouvelle le contrat sans en subvertir le concept. D'où les efforts de certains pour départager ce qui transforme et ce qui dénature le contrat.

¹¹³ *Id.*, p. 116-117.

¹¹⁴ MARSON Jacqueline, *L'abus du droit en matière de contrat*, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1935 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par NIBOYET, professeur de législation civile comparée).

¹¹⁵ Cette qualité de la jurisprudence fut pleinement envisagée dans un ouvrage remarqué d'Ernest-Hippolyte PERREAU : *Technique de la jurisprudence en droit privé* (1923, 2 vol.).

¹¹⁶ SALLÉ DE LA MARNIERRE Edmond, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1930 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par LÉVY-ULLMANN, professeur de droit civil), p. 339.

¹¹⁷ *Id.*, p. 343.

¹¹⁸ ZAKSAS Joseph, *Les transformations du contrat et leur loi. Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, Paris, Sirey, 1939 (thèse de doctorat, faculté de Toulouse ; présidée par MAURY, professeur de législation comparée).

L'évolution du contrat, c'est (...) tout ce qui fait entrer dans la réglementation légale du contrat, les faits et les idées ayant cours à une époque déterminée. Nous nous inclinons devant l'évolution du contrat, car le respect est dû à la loi.

Mais, pas un seul juriste ne peut admettre d'une manière courante l'intervention du législateur venant apporter des nouvelles modifications au statut réglementant la situation juridique une fois que le contrat a été conclu. La crise du contrat, c'est tout ce qui est atteinte au contrat, conclu conformément à la législation en vigueur au moment où il a été conclu. De tels troubles dans l'exécution des contrats ne peuvent se concevoir qu'à l'occasion de circonstances extraordinaires les motivant. (...)

Le but de notre étude a été de permettre aux lecteurs de distinguer ces deux notions fondamentales : l'évolution et la crise que beaucoup trop de juristes confondent¹¹⁹.

498. Une appréhension originale (et marginale) de la théorie de l'imprévision : l'exemple de deux privatistes, en droit ouvrier et en droit comparé. – Placée au

devant de la scène, la théorie de l'imprévision et ses succédanés législatifs ont conduit certains auteurs à s'interroger sur la nature des transformations du contrat. Son acception fut parfois remodelée, mais l'imprévision fut souvent appréhendée comme un expédient malheureux, tout juste tolérable au titre du salut public. Il n'y a pas que la mutabilité des obligations contractuelles qui fit horreur ; le rôle attribué en cette occasion au juge du contrat fit toujours l'effet d'une monstruosité. Les thèses que nous avons succinctement évoquées ont presque toutes reconsidéré son office dans une perspective qui fit du contrat une technique juridique de régulation sociale. Cela étant dit, la prudence attachée à cette intervention judiciaire fut aux antipodes d'une théorie qui offrît au juge la prérogative de refaire les conventions. Le référent emprunté au droit administratif fut souvent repoussé comme incompatible avec le droit civil. Les arguments pour étayer cette démarche ont été pléthores. Tous cependant suggèrent cette idée que, bien que légitime en droit administratif, son emploi en droit civil fût cependant contre-nature. Au point de vue où ils se situèrent, ces auteurs insinuèrent – parfois affirmèrent – que les contrats administratifs sont d'une nature différente des contrats du droit privé à laquelle s'attachent des règles propres, qualifiantes de leur caractère. Le rejet de la théorie de l'imprévision par le plus grand nombre des civilistes a contribué à esquisser une distinction qui aurait été inintelligible quelques années auparavant. En outre elle a contribué à profiler un spectre : celui de la publicisation des contrats. Ce terme de comparaison en dit beaucoup sur la manière dont les contrats administratifs furent compris – ne fût-ce que par les privatistes. Tout en permettant à certains d'appréhender les évolutions touchant les contrats, s'est dégagée en creux la conceptualisation d'un contrat aux fondements hétérogènes à ceux du droit civil : l'emprise du juge sur son exécution ; la

¹¹⁹ BARREYRE André, *L'évolution et la crise du contrat. Étude synthétique et critique*, Bordeaux, Imprimerie Bière, 1937 (thèse de doctorat, faculté de Bordeaux ; présidée par LABORDE-LACOSTE, professeur de droit civil), p. 121-124.

mutabilité de ses stipulations ; l'inégalité juridique des contractants. Les civilistes qui touchèrent à cette question n'ont pas eu le souci d'entreprendre une analyse du contrat administratif. Ils s'en sont servis comme d'un archétype pour apprécier les vicissitudes frappant la doctrine de l'autonomie de la volonté et lui faire un sort. Suivant une disposition d'esprit sûrement plus frondeuse, certains spécialistes du droit ouvrier exacerbèrent cette divergence en voie d'être consommée. Georges SCELLE, contemporain et acteur de l'autonomisation du droit ouvrier dans l'Entre-deux-guerres, le signale explicitement en parlant à cet égard de « *pseudo-contrat de travail* »¹²⁰.

Les commentateurs [du code civil] affirment qu'il y a là contrat *sui generis*, et lui donnent un nom spécial : « contrat de travail ». C'est expliquer les choses à la façon du médecin de MOLIÈRE.

Le régime législatif actuel de l'embauchage comporte d'ailleurs des règles nettement exorbitantes du droit contractuel¹²¹.

Les synergies doctrinales que laisse entrevoir la formalisation du contrat de travail et du contrat administratif mériteraient des développements à part entière. Notamment pour noter les correspondances doctrinales tissées entre le droit administratif et le droit ouvrier, tous deux opposés à un droit civil, conservateur de l'acception classique du contrat. Nous ne pouvons pour notre part qu'en rester là ; et viser cette question qui nous paraît d'intérêt, sans pouvoir cependant nous y engager. Le professeur lyonnais LAMBERT – l'un des promoteurs du droit comparé en France et fondateur de l'Institut de droit comparé de la faculté de Lyon – ne fut pas moins sensible aux mutations qui affectèrent le contrat au travers des législations nationales. C'est en ce sens qu'il distingua les codifications soviétiques, qui se sont essayées à des expérimentations juridiques ne posant plus l'autonomie de l'individu comme un terme exclusif du Droit auquel les réflexions doctrinales dussent se rapporter.

L'antagonisme entre la légalité révolutionnaire russe et notre légalité de l'heure présente ne se ramène point à une notion aussi primaire que la suppression ou le maintien de l'autonomie des volontés individuelles¹²².

Au contraire, il loue le législateur soviétique pour manifester « *un visible esprit de réaction contre nos vieilles règles rigides de droit et une propension au développement des directives souples* »¹²³. Ce référent étranger lui donne l'occasion de souligner l'inanité de ces principes inflexibles du code civil qui consacrent une autonomie de l'individu toute virtuelle, et de vanter les mérites d'une norme plus efficace, car ductile et propre à épouser l'irréductible diversité des faits en accompagnant leur dynamisme pour mieux l'encadrer. L'intérêt qu'il porta aux « standards » développés par les juristes

¹²⁰ SCELLE Georges, *Le droit ouvrier, tableau de la législation française actuelle*, Paris, Colin, 1922 (1^{re} éd.), p. 118

¹²¹ *Id.*, p. 111.

¹²² LAMBERT Édouard, « Introduction », in DUFOUR Raoul & PATOUILLET Jules (trad.), *Les codes de la Russie soviétique*, Paris, Giard, 1925-1935 (4 vol.), t. 1, p. 29.

¹²³ *Id.*, p. 12.

américains¹²⁴ participe de sa préoccupation de penser autrement la liberté de l'individu – non plus tant en terme d'autonomie, mais de latitude.

499. L'identification des contrats de droit privé autour d'une technique contractuelle. – À la fin des années 1930, la récurrence des atteintes législatives portées à la doctrine de l'autonomie de la volonté est telle que le contrat cesse d'être admis comme la chose des parties. L'intrusion du juge éveille de plus en plus l'attention, si bien que dans le sillage de l'imprévision cette question devient l'illustration topique de ces mutations qui dénaturent le contrat. Contestée pour ses effets, les origines de la doctrine de l'autonomie de la volonté sont mystifiées afin d'en déplacer la pertinence : pour certains elle s'impose non pas seulement parce qu'elle est corroborée par le droit positif, mais aussi parce qu'elle participe d'un principe antique – formalisé dès l'Époque moderne¹²⁵. Quoi qu'il en soit, René CASSIN dénonce au travers du pouvoir prétorien de révision « *l'instabilité dans les contrats* » qui en est le corollaire¹²⁶. Il n'est pas de ceux pour qui le respect des contrats fût un absolu, et pourtant il recommande d'« *agir avec prudence et discernement, car autrement on risque d'amener la ruine du droit, par celle d'un des principes fondamentaux de toute société nationale ou internationale* »¹²⁷. Peu avant qu'il n'y consacre un cours de doctorat, la question de « La révision des contrats par le juge » avait été au cœur des travaux de la *Semaine internationale de droit* pour laquelle le professeur parisien NIBOYET fit une présentation générale :

Appelons franchement les choses par leur nom : le contrat révisé n'a plus du contrat que le nom, et c'est au milieu de ses décombres que vient s'établir la réglementation du juge dont, d'ailleurs, nous ne contestons pas l'utilité sociale. C'est donc la technique du contrat qui s'est opposée en France à l'imprévision¹²⁸.

Son opinion qui condense des réflexions largement partagées dans les années 1930, n'est pas farouchement hostile à ce que l'office du juge soit non seulement l'interprète de la volonté des parties, mais encore un garant de l'ordre social à l'instigation du législateur. « *Le législateur, au nom de la société, pour la défendre, et non pas du tout par compassion pour l'individu, ordonnera le redressement de certains contrats dont l'exécution*

¹²⁴ *Id.*, p. 13. Cf. à cet égard l'article que Maurice HAURIOU consacre aux travaux de l'institut de droit comparé de Lyon sur les standards : « Police juridique et fond du droit » (*in R.T.D. civ.* 1926, p. 265).

¹²⁵ La thèse de R. TISSON discute précisément les termes d'une appréhension historique qui illustre la mise à l'épreuve d'une doctrine qui ne s'impose plus d'elle-même, comme un consensus propre à assurer la cohésion de la doctrine privatiste : *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français* (1931).

¹²⁶ CASSIN René, *Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé* [cours dispensé à la faculté de Paris pour le diplôme d'études supérieures de droit privé (1937-1938) sur le thème : *Suspension, rupture et révision des contrats*], Paris, Les cours de droit, 1938, p. 437.

¹²⁷ *Id.*, p. 438.

¹²⁸ NIBOYET Jean-Paulin, « Rapport général », *in* [collectif], *Travaux de la Semaine internationale de droit : rapports préparatoires et discussions. II. – La révision des contrats par le juge*, Paris, Sirey, 1937, p. 11.

est nécessaire à l'économie nationale »¹²⁹. Il se montre sensible à la technique contractuelle qui conçoit le contrat comme un *instrumentum* susceptible d'être le support d'un contrôle institutionnel – un contrôle juridictionnel en l'occurrence, strictement encadré par les directives du législateur. Mais d'après cette appréciation, le contrat n'est déjà plus l'œuvre des volontés individuelles ; le législateur se manifeste pour permettre « *la novation de l'obligation contractuelle en une obligation désormais légale* »¹³⁰. Dans une perspective similaire à celle où se place René CASSIN, l'imprévision est formellement éconduite au profit d'une conception du contrat qui justifie une intervention du juge *a minima*. La doctrine de l'autonomie de la volonté y perd ce qu'elle avait d'absolu, pour conserver au contrat une orientation libérale qui se concilie avec une régulation sociale conduite en faveur de l'économie¹³¹.

Tant que le législateur, comme le chef responsable d'une armée, ordonne aux contractants de tenir, il y a va de l'honneur de leur vie de ne pas faillir à leurs engagements quoi qu'il puisse leur en coûter. Et si le législateur, seule autorité sociale responsable, ne croit pas devoir intervenir, il ne faut pas que le juge refasse, dans l'intérêt des uns, (...) ce que leur parole a promis librement d'exécuter¹³².

La manière dont la doctrine civiliste s'est confrontée pendant l'Entre-deux-guerres à l'imprévision pour la refuser au droit privé, a suscité une technique juridique du contrat dont les correspondances avec le contrat administratif – tel qu'en rend compte un auteur comme Gaston JÈZE – ne sont pas anecdotiques. Les contrats de droit privé demeurent distincts des contrats administratifs pour cette raison que leur esprit répond d'une idée différente. Les premiers tendent vers l'autonomie des volontés, c'est-à-dire un horizon libéral et individualiste qui se concilie avec d'autres préoccupations : le souci de leurs répercussions économiques ou bien les iniquités qui peuvent s'y systématiser par leur biais. Les seconds tendent vers un horizon où les impératifs qu'exigent les services publics priment tout en composant au plus près avec le respect des volontés échangées. Nous nous y attarderons plus bas. En outre, l'appréhension du contrat, comme s'il fût un objet social susceptible de concentrer la vigilance du législateur, a conduit à noter la compénétration des normes législatives avec les volontés des parties. D'aucuns ont analysé à cet égard une publicisation du contrat qui n'est pas inutile de considérer pour apprécier la manière dont le contrat administratif fut conceptualisé dans le même temps.

¹²⁹ *Id.*, p. 5.

¹³⁰ *Id.*, p. 12.

¹³¹ Cf. en guise d'illustration l'article de François GÉNY : « L'économie nationale et le droit civil » (*in* R.T.D. civ. 1930, p. 53).

¹³² NIBOYET Jean-Paulin, « Rapport général », *in* [collectif], *Travaux de la Semaine internationale de droit : rapports préparatoires et discussions. II. – La révision des contrats par le juge, op. cit.* (1937), p. 12.

500. RIPERT & MORIN : la qualification des transformations touchant aux contrats et la publicisation des contrats. – Trois civilistes se sont principalement distingués

au sujet de la publicisation des contrats : Georges RIPERT¹³³, Louis JOSSEMAND¹³⁴ et Gaston MORIN¹³⁵. Le premier dénonça la subordination du contrat à un utilitarisme matérialiste, en visant le primat reconnu à des volontés individuelles toutes nominales : les mutations dont le contrat fut l'objet n'ont résulté – selon cet auteur – que de son adaptation à une raison qui ne tînt plus à des principes immanents et moraux, mais à son harmonie avec un ordre économique¹³⁶. « *Il faudrait pouvoir pétrir le contrat, serrer ou relâcher le lien suivant les circonstances, l'adapter aux événements imprévus et le faire servir à l'ordre économique* »¹³⁷. Après avoir annoncé la décadence du contrat et de la loi dans leur acception classique¹³⁸, Gaston MORIN associa ses critiques du droit civil à la promotion de la théorie de l'institution¹³⁹. Ce faisant, il mit en exergue les artifices déployés pour conserver au contrat la fonction épistémologique à laquelle le pliait jusqu'alors le droit civil. Ainsi par exemple à propos de l'imprévision :

Quelle justification a-t-on proposée de ces importantes transformations du droit, et, tout d'abord, de l'énervement de la force obligatoire du contrat ?

L'on a commencé par chercher à harmoniser la faculté de révision des contrats avec des textes du Code civil en donnant de l'élasticité à plusieurs notions inscrites dans ces textes comme celles de la force majeure, de la bonne foi, de la cause.

Ce furent des tentatives vaines.

Alors, suivant la méthode habituelle des juristes, on imagina une théorie célèbre qui a donné lieu à une littérature juridique très abondante, la théorie de l'imprévision destinée à masquer l'insurrection des solutions nouvelles contre la théorie contractuelle du Code.

¹³³ Au sujet de Georges RIPERT (1880-1958), voir la notice biographique que lui consacre le professeur HALPÉRIN dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015).

¹³⁴ Au sujet de Louis JOSSEMAND (1868-1941), voir la notice biographique que lui consacre M^{me} FILLON dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi que cet article du professeur AUDREN : « Louis JOSSEMAND ou la construction d'une autorité doctrinale » (*in R.T.D. civ.* 2009, p. 39).

¹³⁵ Au sujet de Gaston MORIN (1877- ?), nos recherches nous ont seulement conduit à recueillir quelques informations biographiques dans un article de M^{me} GUERLAIN (*R.T.D. civ.* 2014, p. 731). Cela donne la mesure de la marginalisation d'un privatiste iconoclaste, subversif dans sa promotion d'une doctrine institutionnaliste.

¹³⁶ La doctrine de Georges RIPERT relativement aux contrats ne saurait se résumer en une ligne. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à une présentation critique du professeur CHAZAL. L'interprétation de son œuvre tend à en réévaluer la contemporanéité : « Georges RIPERT et le déclin du contrat » (*in Revue des contrats* 2004, p. 244).

¹³⁷ RIPERT Georges, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *in* [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, Paris, Sirey, 1934 (3 vol.), t. 2, p. 353. Nous signalons aussi de cet auteur, ses essais qui participent des mêmes réflexions : *La règle morale dans les obligations civiles* (1925) ; *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (1936) ; *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (1946) ; *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine* (1949) & *Les forces créatrices du droit* (1955).

¹³⁸ MORIN Gaston, *La révolte des faits contre le code...*, *op. cit.* (1920) & *La loi et le contrat...*, *op. cit.* (1927).

¹³⁹ Cf. cet article où Gaston MORIN exprime son adhésion aux théories institutionnalistes : « Vers la révision de la technique juridique : le concept d'institution » (*in Archives de philosophie du droit* 1931, p. 73, spéc. p. 82).

Par une audacieuse casuistique, on altère délibérément le sens du principe de la force obligatoire de telle sorte que les solutions, qui, dans la réalité, le contredisent, paraissent au contraire en découler comme des conséquences logiques¹⁴⁰.

Soucieux d'adapter la technique juridique aux évolutions sociales pour prévenir un Droit qui soit sans prise sur la réalité¹⁴¹, il exprime une opinion sévère à l'encontre de ces doctrines qu'il analyse comme artificieuses ; notamment celles dont leurs auteurs s'attachent à tempérer la doctrine de l'autonomie de la volonté pour mieux la conserver¹⁴². Ses efforts tendent à substituer au paradigme de l'individualisme, un autre qui soit protecteur des individus opprimés et qui contribue à leur conserver leur dignité. Ce faisant, il n'est pas séduit par cette idée d'une publicisation des contrats. Celle-ci lui semble dissimuler l'essentiel : à savoir que l'organisation corporatiste, pour présenter des similitudes avec le droit public, s'en différencie largement.

Les frontières respectives du droit public et du droit privé se déplacent et l'on a pu parler de la « publicisation » du contrat [en référence à un article de Louis JOSSERAND] et des « conquêtes du droit public » [en référence à un article Louis DELBEZ].

Ces formules, très heureuses dans leur raccourci saisissant, ne suffisent cependant pas à elles seules à exprimer toute la réalité complexe du mouvement juridique actuel. Elles laissent dans l'ombre précisément ce qu'il convient de mettre en relief comme l'un des traits les plus frappants de la période historique présente : le développement des statuts corporatifs et professionnels qui viennent prendre place à côté des statuts légaux pour obliger les individus sans leur volonté, autrement dit : la décadence du monopole législatif de l'État au profit des groupements économiques¹⁴³.

En somme, les accommodements successivement apportés au contrat pour lui assimiler des mutations hétérogènes, ont conduit à en miner le sens même : « JOSSERAND (...) emploie les expressions du contrat dirigé et de contrat publicisé. Mais dans ces formules l'adjectif se rebelle contre le substantif qui est pour ainsi dire vidé de son contenu habituel »¹⁴⁴.

¹⁴⁰ MORIN Gaston, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *Archives de philosophie du droit* 1939-1940, p. 16-17.

¹⁴¹ MORIN Gaston, « Le sens des transformations contemporaines du droit », in *Revue métaphysique et de morale* 1927, p. 253.

¹⁴² C'est par exemple Louis JOSSERAND qui affirme dans une de ses nombreuses études sur les transformations des contrats : « C'est le crépuscule du dogme de l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle, tandis que cependant cette volonté et cette liberté s'affirment par la création de catégories juridiques toujours plus nombreuses » (« La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du code civil français », in [collectif], *Livre-souvenir des journées du droit civil français*, Paris, Sirey, 1936, p. 56). Cf. à cet égard les critiques que lui adresse Gaston MORIN : – à l'endroit de son ouvrage *De l'esprit des droits* (1927) : « L'abus du droit et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique » (in *Revue de métaphysique et de morale* 1929, p. 267) ; – puis de ses articles afférents aux contrats : « Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts » (in *R.T.D. civ.* 1937, p. 553).

¹⁴³ MORIN Gaston, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *Archives de philosophie du droit* 1939-1940, p. 32.

¹⁴⁴ MORIN Gaston, *La révolte du droit contre le code. La révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Paris, Sirey, 1945, p. 23-24.

501. JOSSERAND : La qualification des transformations touchant aux contrats et la publicisation des contrats. – Entre ces deux auteurs qui figurent deux positions antithétiques, Louis JOSSERAND se place entre eux pour incarner une alternative qui assimile ces mutations au lieu de les regretter ou de les employer à une remise en cause des fondements du droit civil¹⁴⁵. Lui-même en fut très conscient, qui chercha à conserver au droit civil des obligations son caractère propre qui le distinguât du droit public, mais un caractère qui le différenciât du droit classique d'avant-guerre en en accusant la rénovation.

En présence d'une transformation de cette envergure et qui équivalait presque à une dénaturation, on comprend que des civilistes hautement qualifiés aient conclu au déclin et presque à la disparition d'un concept dont ils préparent à dresser l'acte de décès, les uns objectivement en s'inclinant volontiers devant le fait prétendument accompli [et de citer Gaston MORIN], d'autres avec l'expression de leurs regrets et avec des paroles de pitié pour ce malheureux contrat qui a été, « sous des coups successifs, affaibli et dégradé » [et de citer Georges RIPERT].

Il n'est pas sûr que cette vue pessimiste soit entièrement juste et nous sommes de ceux qui pensent qu'on se hâte un peu trop de reconduire le contrat jusqu'à sa demeure dernière : (...) peut-être bien que ce n'est pas déclin, de crépuscule qu'il est question pour lui, mais bien de transformation et de renouveau¹⁴⁶.

Sans rien préjuger de la richesse de ces diverses doctrines, Louis JOSSERAND est celui des trois qui intéresse le mieux notre propos. À l'inverse des deux précédents qui s'arcboutèrent sur un point de vue ou bien conservateur, ou bien subversif, il rapporta l'évolution des contrats à une dynamique des rapports entre droit public et droit privé. Dans cette mesure, son point de vue intéresse de plus près notre sujet. Les analyses de Louis JOSSERAND ne se départissent jamais d'une volonté de conserver au droit privé une spécificité qui nonobstant sa socialisation, le démarquât du droit public. Aussi traita-t-il des contrats sous un aspect qui soulignât l'autonomie d'un droit privé, sans nier toutefois les inspirations empruntées au droit public. Sa démarche n'est pas tant celle d'un juriste plus lucide que les autres, que celle d'un civiliste qui discerne les enjeux qu'il y a à qualifier les transformations du droit des contrats. Déjà l'émancipation progressive du droit ouvrier – suivant sa dénomination usuelle à l'époque – inclinait certains auteurs à appréhender le contrat de travail à l'aune du concept d'institution. Tel par exemple Paul CUCHE qui affirmait en 1929 : « *La question est simplement de savoir à quelle sauce sera mangé ce qui reste de liberté contractuelle dans le contrat de travail et par quel procédé la réglementation intérieure de ce contrat finira par*

¹⁴⁵ Cf. CHAZAL Jean-Pascal, « Louis JOSSERAND et le nouvel ordre contractuel », in *Revue des contrats* 2003, n° 1, p. 325 & pour une approche thématique plus large : DUMAS-LAVENAC Sophie, « Le droit selon Louis JOSSERAND », in *Revue juridique de l'Ouest* 2015, n° 2, p. 39.

¹⁴⁶ JOSSERAND Louis, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », in *R.T.D. civ.* 1937, p. 4-5.

glisser toute entière du cadre contractuel dans le cadre institutionnel»¹⁴⁷. Presque tous les articles de Louis JOSSERAND sur les contrats – publiés à partir de la fin des années 1920 – développent une réfutation à l'attention des publicistes et des spécialistes du droit ouvrier.

Certains juristes – en général des publicistes – déniaient aux [contrats d'adhésion] le caractère contractuel et prétendent y voir des actes unilatéraux, des règlements soumis à un statut particulier ; (...) le concept contractuel ne serait plus ici qu'une pure apparence » dont « le contenu réglementaire jure avec son enveloppe ». (...)

Cette conception publiciste, qui tend à restreindre le champ du contrat pour assurer un nouveau domaine au règlement, est à rejeter sans hésitation. (...)

Sur un terrain différent, on a également tenté de refouler le concept contractuel au moyen de l'*institution* ou de l'*union* dont on a voulu effectuer la différenciation d'avec le contrat. (...)

Mais les auteurs [sont spécialement visés HAURIOU et RENARD] qui préconisent cette opposition (...) se préoccupent surtout de faire mordre le droit public sur le droit privé, se font du contrat une idée archaïque et bien étroite¹⁴⁸.

En méditant une doctrine qui ne parvint à terme qu'au début des années 1940, il appliqua son intelligence à démontrer que la dénaturation du contrat – dans son acception classique – n'a pas précipité son déclin ; et que la teneur de ce concept s'est renouvelée afin d'accuser la socialisation du Droit. « *S'il traverse une crise, c'est une crise de croissance qui se traduit tant par de nouveaux apports venus de l'extérieur que par un regain de vitalité* »¹⁴⁹. Pour sûr le droit public a projeté son ombre jusqu'à l'orée du droit privé – et encore au-delà.

502. La conjuration d'un droit privé dénaturé : le contrat « publicisé » pour prévenir un contrat annihilé. – Louis JOSSERAND présente les choses d'une manière à faire voir l'influence du droit public comme un fruit que le droit privé aurait assimilé tout en préservant sa nature propre. Le contrat est moins « contractuel » et plus « réglementaire », sans cesser d'être un concept spécifique du droit privé¹⁵⁰ ; sa ramure s'est renouvelée tout en conservant ses fondements qui l'arriment au droit privé.

On pourrait dire que [le contrat] *devient moins contractuel*, puisqu'il tend à revêtir l'aspect d'un règlement dans lequel l'une des parties se contente d'entrer, sous des conditions fixées tant par l'auteur de la prérédaction que par les pouvoirs publics ; il y a toujours contrat, mais d'un type nouveau,

¹⁴⁷ CUCHE Paul, « La législation du travail et les transformations du droit », in [collectif], *La Cité moderne et les transformations du droit*, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1925, p. 175-176.

¹⁴⁸ JOSSERAND Louis, « L'essor moderne du concept contractuel », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, op. cit. (1934), t. 2, p. 337-338.

¹⁴⁹ *Id.*, p. 346.

¹⁵⁰ En ce sens, il convient de mentionner un article du civiliste Ernest-Hyppolite PERREAU – professeur à la faculté de Toulouse : « Une évolution vers un statut légal des contrats » (in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, op. cit. (1934), t. 2, p. 354).

plus officiel et plus rigide, simple épreuve d'un cliché tiré, en série, à d'innombrables exemplaires.

Mais, malgré tout, (...) le contrat contractuel demeure ; sa souplesse, son élasticité l'ont préservé de la décrépitude et de la mort, et aussi l'ingéniosité de la jurisprudence et de la doctrine qui ont opposé, à la révolution économique, à la révolte des faits, un conservatisme intelligent, fait de tradition et d'opportunisme : avec des formules anciennes, on a fait du nouveau ; sous un pavillon séculaire, on a abrité une marchandise de fabrication moderne ; aux catégories traditionnelles on a ajouté des catégories nouvelles ; sous le signe du concept contractuel se multiplient et se différencient entre eux *les contrats*, infiniment variés et flexibles, mais répondant tous, sans exception, à la définition contenue dans l'article 1101 du code civil : un ordre juridique nouveau s'est installé dans une demeure millénaire, accueillante et extensible ; on a su réaliser la complexité dans l'unité¹⁵¹.

Il rapporte les expressions de cette publicisation des contrats pour mieux en définir leur portée – c'est-à-dire pour occuper un contre-champ doctrinal, en opposition avec ces auteurs qui conservent au contrat une acception étriquée pour lui soustraire toutes sortes de rapports juridiques inédits. À l'inverse, Louis JOSSERAND admet – non pas une porosité – mais une interaction entre droit privé et droit public pour conjurer l'empreinte croissante de celui-ci sur celui-là ; autrement dit pour détourner les arguments même par quoi ses contradicteurs étayaient leurs thèses.

Les codes de pur droit privé se transforment en Codes de droit privé social et la démarcation tend à s'estomper qui avait été artificiellement établie entre le droit public et le droit privé. La contestation vaut (...) pour le droit des contrats, qui se socialise, qui se « publicise » de plus en plus¹⁵².

C'est plus encore dans un autre article – justement intitulé : « La “publicisation du contrat” » – qu'il développe les termes de cette entreprise doctrinale qui qualifie cette influence publiciste.

- 503.** En admettant qu'« *après s'être sécularisé*, [le droit civil s'est] *publicisé* »¹⁵³, il s'efforce dans le même temps de désigner une portée à cette évolution. Il souligne la résilience d'un droit privé disposé à absorber tendanciellement des influences hétérogènes, car en cela il se dénature moins qu'il ne s'adapte aux mutations que connaît la société contemporaine. Nous rapportons plusieurs extraits de cet article où la scansion illustre cette thèse au terme de chaque développement : le droit privé ne se survit qu'en se publicisant ; il ne conserve son identité qu'en recueillant les influences utiles du droit public.

¹⁵¹ JOSSERAND Louis, « La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du code civil français », in [collectif], *Livre-souvenir des journées du droit civil français*, op. cit. (1936), p. 39.

¹⁵² JOSSERAND Louis, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », in *R.T.D. civ.* 1937, p. 3.

¹⁵³ JOSSERAND Louis, « La “publicisation” du contrat », in [collectif], *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard LAMBERT*, Paris, Sirey, 1938 (3 vol.), t. 3, p. 143.

Tout en demeurant un contrat, et qui ressortit au droit privé, l'accord formé, en série, par la conjonction d'une volonté réglementaire et d'une adhésion s'imprègne de la structure, de la technique et de l'esprit des actes du droit administratif¹⁵⁴. (...)

Les progrès réalisés dans le dynamisme du contrat sont d'autant d'étapes parcourues par le droit privé en direction du droit public¹⁵⁵. (...)

Le contrat du droit privé s'apparente à l'acte du droit public¹⁵⁶. (...)

Il faut bien reconnaître (...) que les contrats qui sont instaurateurs d'un ordre juridique durable et permanent, appellent, par le prolongement de leurs effets dans le temps, un statut approprié ; que nombre d'entre eux participent au règlement, et qu'ils se prêtent, de ce chef, à une réception des règles du droit administratif qui, tout en les laissant dans l'orbite du droit privé, civil ou commercial, exerce sur eux une influence profonde¹⁵⁷. (...)

Le contrat a cessé d'être une affaire purement privée pour subir, avec l'emprise grandissante des pouvoirs publics, l'attraction du droit administratif dont l'esprit l'imprègne visiblement¹⁵⁸.

C'est moins le contrat qui est venu au droit public pour y être absorbé, que le droit public qui a projeté sur le contrat certains de ses caractères que celui-ci a assimilés. Ce faisant, Louis JOSSERAND réaffirme sa conviction d'après quoi les publicistes atraient indûment au droit public ces nouvelles relations juridiques dont le contrat pourrait rendre compte si jamais son acception classique n'en confinait pas la portée.

De telles opérations, créatrices d'un ordre obligatoire à longue portée, ont paru à de certains esprits, tellement différentes du *negotium* classique, qu'ils ont prétendu leur refuser le caractère de contrats pour les élever à la dignité d'*institutions* ou d'*unions*, et pour les attirer, par cette vue publiciste, dans le champ du droit administratif. (...)

Il est permis de penser que l'opposition ainsi décrite (...) entre le contrat et l'institution, est sensiblement forcée, et qu'elle procède d'une conception trop étroite et archaïque du concept contractuel¹⁵⁹.

En un sens, sa thèse est purement performative. Habilement il emprunte le registre lexical de l'« influence » pour conjurer celui de la « conquête » ou de l'« assimilation ». Le droit privé et le droit public sont deux empires dont l'existence est admise sans jamais être mise en cause dans les évolutions rapportées. Certes, Louis JOSSERAND se prononce à une époque où les doctrines française et étrangère s'intéressent précisément aux interactions entre ces deux droits. L'ouvrage même où il publia l'article précité comprend plusieurs articles afférents à ce sujet¹⁶⁰. D'ailleurs, certains lui disputent son appréhension des choses, tels Georges RENARD et André HAURIOU

¹⁵⁴ *Id.*, p. 146.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 150.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 151.

¹⁵⁷ *Id.*, p. 154.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 157.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 153.

¹⁶⁰ Cf. les articles suivants : Georges DOR (« Les conquêtes du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique », *id.*, t. 3, p. 166) ; Roman LONGCHAMPS DE BÉRIER (« L'influence du droit public sur le contrat de travail dans le droit civil polonais », *id.*, t. 3, p. 544) ; Jean MORELLET (« L'interpénétration du droit public et du droit privé », *id.*, t. 3, p. 137) ; Erwin RIEZLER, « Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public », *id.*, t. 3, p. 117).

qui abordèrent l'influence du droit administratif sur le droit civil et la réception par le droit administratif des influences du droit civil¹⁶¹. Indépendamment des conclusions auxquelles tous ces auteurs ont abouti, nous les signalons pour indiquer que ces réflexions sont celles d'une époque.

504. La publicisation du contrat : une perspective doctrinale destinée à départager les influences du droit public sur le contrat. – La promotion de la doctrine publiciste comme un interlocuteur digne de la doctrine privatiste ; les vicissitudes d'une société occidentale au sein de laquelle les enjeux se sont socialisés au point que l'individu a cessé d'être la mesure du Droit – sont deux des principaux facteurs qui ont incité les juristes à penser les mutations de leurs disciplines respectives en se figurant comme référent l'autre discipline leur faisant vis-à-vis. Peut-être même est-ce là l'une des raisons qui contribue à expliquer la fécondité de la doctrine juridique du premier XX^e siècle : la confrontation de plusieurs modèles juridiques, qui n'ont fait que se multiplier en se diversifiant avec l'autonomisation du droit social et la formalisation du droit international – tant public que privé. Quoi qu'il en soit, Louis JOSSERAND articule la thèse de la publicisation du droit civil à la réaffirmation de son identité – raffermie précisément par des expériences que d'autres qualifient de dissolvantes. Dans une chronique qui rencontra un large écho, il esquissa les jalons d'une doctrine qu'il affina progressivement : pour être réceptif à une influence hétérogène au droit privé, le droit civil conserve sa prégnance par delà le spectre de l'anarchie.

Il appartient aux juristes (...) de demeurer fidèles aux principes permanents qui constituent l'armature du droit, de les opposer fermement, en toute circonstance, aux errements législatifs transitoires et de hâter ainsi le retour à la normale, à la tradition et au bon sens ; c'est à de telles sources surtout que le dirigisme contractuel doit puiser ses inspirations et c'est en elles qu'il trouvera sa justification, comme aussi les frontières qu'il ne saurait raisonnablement franchir sans arbitraire et sans danger¹⁶².

Sensible à cette idée que la doctrine de l'autonomie de la volonté ne saurait s'imposer avec la même évidence qu'auparavant, il n'en rappelle pas moins que si le contrat doit s'ouvrir à l'influence du droit public, il doit demeurer aux individus cette norme prévisionnelle qui règle leur devenir. Louis JOSSERAND a toujours fermement dénoncé ces interventions – législatives pour la plupart – qui sont venues affaiblir la force obligatoire du contrat. S'il admet la standardisation du contrat, l'oblitération de leurs effets relatifs, *etc.* ; il regrette celles-là qui libèrent le débiteur et qui nient la valeur essentielle du contrat : celle de lier les individus. L'interventionnisme public

¹⁶¹ Cf. les articles de Georges RENARD (« L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY, op. cit.* (1934), t. 3, p. 77) & d'André HAURIOU (« L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », *id.*, t. 3, p. 92).

¹⁶² JOSSERAND Louis, « Le contrat dirigé », in *Dalloz* 1933, chron. p. 92.

dans l'opération privée du contrat ne lui paraît légitime qu'autant qu'il participe à protéger l'une des parties qui serait en infériorité vis-à-vis de son cocontractant¹⁶³. Il n'est pas moins méfiant à l'égard d'un Droit dont l'efficacité fût rapportée à son impact économique¹⁶⁴, et qui en voulant tout saisir, élève des classes d'individus et attise les antagonismes au lieu des les résorber¹⁶⁵. À l'instar d'autres civilistes¹⁶⁶, il réprouve toutes ces interventions législatives qui dissolvent les liens issus du contrat.

Il faut reconnaître que le contrat est, pour une bonne part, un phénomène social dont la société, dont les pouvoirs publics ne sauraient se désintéresser. Seulement, il y a une moralité à respecter, des barrières à ne jamais franchir, et qui malheureusement ont été violées à maintes reprises, dans le droit d'après-guerre et en tous pays. Partout, on a vu le législateur intervenir, sous forme de moratoires ou de révision des accords. (...) C'est là une pratique déplorable qui ne saurait trouver d'autre excuse que dans une nécessité absolue et qu'il importe d'abandonner aussitôt qu'elle n'est plus indispensable. (...) Envisagé sous cette forme, le dirigisme *contractuel* est à condamner sévèrement, parce qu'il est *anticontractuel*, parce qu'il réalise, non pas du socialisme juridique, mais bien de l'anarchie¹⁶⁷.

505. Ailleurs il affine sa pensée en lui conférant plus de netteté : « *Le dirigisme, envisagé en soi, n'est ni une maladie, ni une panacée, ni un malheur, ni un bienfait* ». Il l'apprécie suivant ses effets – selon qu'il favorise le commerce juridique en aidant à son dynamisme, ou bien selon qu'il en mine le principe en dévidant la force des obligations.

Dans les premiers, on doit ranger le développement d'ensemble de la théorie contractuelle, l'apparition de nouvelles catégories, l'accroissement du dynamisme contractuel et aussi les mesures prises par les Pouvoirs publics pour protéger, au cours des tractations préliminaires, le plus faible contre le plus fort, et pour assurer ainsi la liberté effective du consentement ; la standardisation des contrats peut elle-même être considérée comme un progrès à raison des facteurs de commodité et de rapidité qu'elle comporte.

En revanche, l'immixtion des Pouvoirs publics dans la vie du contrat est intolérable, dans la mesure où elle porte atteinte à des situations acquises, où elle relâche le lien obligatoire, où elle détruit l'équilibre des prestations établi par les parties, où elle modifie la durée du contrat, soit par des prorogations, soit, à l'inverse, par une résiliation anticipée, le plaçant ainsi sur un nouveau lit de Procuste ; dans la mesure, en un mot, où génératrice d'insécurité et d'inégalité, elle ruine cette confiance qui fait la force de la loi et du contrat¹⁶⁸.

¹⁶³ JOSSERAND Louis, « La protection des faibles par le droit », in *Évolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Paris, Sirey, 1936, p. 159.

¹⁶⁴ JOSSERAND Louis, « Un ordre juridique nouveau », in *Dalloz* 1937, chron. p.41.

¹⁶⁵ JOSSERAND Louis, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », in *Dalloz* 1937, chron. p. 1.

¹⁶⁶ Cf. deux chroniques également remarquées – celles d'Henri CAPITANT (« Le régime de la violation des contrats », in *Dalloz* 1934, chron. p. 1) & de Georges RIPERT (« Le droit de ne pas payer ses dettes », in *Dalloz* 1936, chron. p. 57). À propos de la dernière, cf. PUTMAN Emmanuel, « Retour sur "le droit de ne pas payer ses dettes" : in memoriam Georges RIPERT », in *R.R.J.* 1994, p. 109.

¹⁶⁷ JOSSERAND Louis, « La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du code civil français », in [collectif], *Livre-souvenir des journées du droit civil français, op. cit.* (1936), p. 37-38.

¹⁶⁸ JOSSERAND Louis, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », in *R.T.D. civ.* 1937, p. 30.

En estimant que « la “publicisation” doit aboutir (...) non au désordre et à l'arbitraire, mais à l'organisation et à la sécurité »¹⁶⁹, il exprima systématiquement son horreur pour la théorie de l'imprévision – il se félicita d'ailleurs de son rejet par la Cour de cassation. On discerne à ce propos le point à partir duquel diverge le droit public du droit privé. L'intangibilité des obligations figure comme une ligne de partage qui rappelle la distinction entre ces deux droits, dont l'esprit respectif peut s'influencer réciproquement sans jamais s'assimiler. Ainsi au sujet de l'intrusion du législateur dans l'exécution des contrats, Louis JOSSERAND note :

Le droit public fait ici irruption dans le droit privé en provoquant l'éclatement du cadre d'un contrat où l'on semble sous-entendre d'autorité la fameuse clause *rebus sic stantibus*¹⁷⁰.

Ce n'est pas dire qu'il soulève artificieusement une divergence pour conserver au droit privé une raison d'être. C'est au contraire dans cette conviction maintes fois réaffirmée que se fige – selon cet auteur – l'âme du contrat. La force obligatoire des contrats incarne une fonction du droit privé, autant qu'elle le distingue du droit public. Avec la liberté de contracter¹⁷¹, l'intangibilité des obligations sont les piliers du contrat sans lesquels le terme ne recouvre plus qu'une fiction. Quoiqu'il discute peu de la théorie de l'imprévision telle qu'elle fut admise par le Conseil d'État, il ne manque pas de l'indiquer pour la réprouver et signaler à ce propos l'opposition de deux archétypes : le contrat et l'institution.

- 506. La reconnaissance par les civilistes des contrats administratifs comme contre-modèle.** – L'œuvre de Louis JOSSERAND entérine l'aversion que la majorité de la doctrine civiliste a nourrie pour la théorie de l'imprévision, lors même que la liberté contractuelle y est considérée avec plus de mesure que ne laisse supposer son adhésion à la doctrine de l'autonomie de la volonté. Ce clivage autour de la force obligatoire du contrat et de l'immixtion du juge au sein du contrat permet de situer cette opposition entre contrats administratifs et contrats privés, à laquelle les civilistes ont contribué en se prémunissant d'une théorie dont ils ont redouté les effets dissolvants. Par un effet de contraste, l'inclination de certains d'entre eux à s'y montrer plus favorables corrobore plus encore la formalisation dans l'Entre-deux-guerres d'une telle ségrégation. Car c'est souvent autour d'une appréhension unitaire des contrats que ces derniers s'essayèrent à convaincre que le droit civil pût se montrer réceptif à la théorie de l'imprévision. Ainsi les civilistes orthodoxes ont abandonné aux administrativistes des contrats irréductibles à la doctrine de

¹⁶⁹ JOSSERAND Louis, « La “publicisation” du contrat », in [collectif], *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard LAMBERT*, op. cit., t. 3 (1938), p. 158.

¹⁷⁰ JOSSERAND Louis, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », in *R.T.D. civ.* 1937, p. 27.

¹⁷¹ JOSSERAND Louis, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le *contrat forcé* et le *contrat légal* (contrat de salaire différé) », in *Dalloz* 1940, chron. p. 5.

l'autonomie de la volonté, ce en partitionnant les contrats. Ils ne se sont pas essayés à nier l'existence d'un contrat administratif ou bien encore à écarter la jurisprudence du Conseil d'État comme arbitraire et inintelligible au Droit. À notre sens, la raison tient à ce que l'imprévision fut marginalement introduite dans le droit privé par quelques lois adoptées sous le joug des circonstances. Cette théorie n'étant pas spéciale au droit administratif, les civilistes n'eurent pas le loisir de critiquer les solutions prétoriennes comme si elles étaient circonscrites à une discipline qui ne fût pas proprement juridique. Le droit privé ayant lui-même été intéressé à l'imprévision – particulièrement avec la loi Failliot –, des correspondances s'établirent entre l'un et l'autre droit. En d'autres termes, l'imprévision ne put être présentée comme une bizarrerie caractéristique d'un droit dont l'essence juridique fût mise en doute de manière sous-jacente. Tandis que l'imprévision menaçait le droit civil, les contrats administratifs furent employés comme un exorcisme, pour concentrer en leur sein une théorie qui fût propre au droit administratif et dont l'extension généralisée au droit privé n'aurait aucune raison d'être. Repoussés hors du droit civil, les contrats administratifs servirent à fixer au droit administratif une théorie mésestimée. La doctrine civiliste s'est mise à en admettre l'existence d'autant plus facilement que cela lui permit d'engager une dialectique pour organiser, départir et retrancher ce que le dynamisme de l'activité sociale apportait d'inédit au droit privé. D'après une trame de correspondances et d'oppositions jetées entre droit public et droit privé, la doctrine civiliste put repousser vers celui-là ce qui fut irréductible à la doctrine de l'autonomie de la volonté, de sorte à y fixer des mutations redoutées par elle. Le droit administratif fut du point de vue des privatistes, tout à la fois un référent lorsqu'il s'est agi de penser l'inédit, et un contre-modèle lorsqu'il s'est agi d'énoncer l'hétérogénéité. Aussi les administrativistes ont-ils eu la latitude pour développer une doctrine par laquelle ils se sont appropriés le contrat en l'assimilant à un droit pourtant rétif au schème contractuel. Tandis que dans les années 1900 le contrat participait de la nature du droit privé dont il aidait à déterminer l'identité, certains administrativistes s'en sont emparés à partir des années 1920 en même temps que les civilistes ont éconduit les contrats administratifs. Il n'est pas surprenant que ceux-là aient tout d'abord étayé la conceptualisation des contrats administratifs sur la théorie de l'imprévision. C'est en quelque sorte d'un objet tombé en déshérence qu'a résulté la théorie des contrats administratifs¹⁷².

¹⁷² Il n'y a pas lieu de s'étonner à constater qu'aujourd'hui, la doctrine civiliste ne présente plus la jurisprudence administrative sur l'imprévision comme fondée sur l'idée d'un contrat fondamentalement différent de celui consacré par le droit civil. Tant la conception du contrat administratif que celle du contrat en droit privé ont évolué, si bien que leur spécificité respective souligne non plus tant une fracture, mais la spécialité de solutions adaptées chacune à leur domaine. Ainsi sous la plume du professeur GHESTIN, lequel s'est efforcé de substituer à la doctrine de l'autonomie de la volonté une doctrine qui fonde le contrat sur le juste et l'utile, la jurisprudence du Conseil d'État est présentée comme une solution qui, pour être rejetée par la Cour de cassation, n'en est pas moins contigüe. Il l'envisage moins comme un

507. Par l'entreprise doctrinale des civilistes, l'opposition à laquelle se confronta la théorie de l'imprévision permit de rejeter jusque dans le giron du droit administratif un contrat subversif de la doctrine l'autonomie de la volonté. La thématique d'une publicisation des contrats développée par Louis JOSSERAND, participe du même emploi de la *summa divisio*. Le droit administratif ne sert pas dans ce cas là à expurger le droit privé des hypothèses irréductibles à l'acception classique du contrat. Convoqué comme référent, il lui permit de qualifier des mutations destinées à émousser les rigueurs de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Ou plus justement, à la conserver en y assimilant autant de tempéraments que nécessaires pour qu'elle ne devînt pas un manifeste purement théorique. La publicisation des contrats fut en réalité une thèse doctrinale soutenue pour dissimuler les mutations internes au droit privé, en les présentant comme des influences émanées du droit public et opportunément réceptionnées par le droit privé. Ces expressions diverses : contrat publicisé, contrat légal, contrat réglementaire, contrat dirigé, *etc.*, sont autant d'essais destinés à poser suivant une certaine perspective les évolutions ayant affecté le droit des contrats. De la sorte, la doctrine de l'autonomie de la volonté s'est présentée comme une doctrine vivifiée par des influences extérieures, au lieu de l'être comme une doctrine dégénérée dont l'identité eût été subvertie de l'intérieur par ses propres infirmités. C'est précisément ce que Gaston MORIN visa en appréhendant les transformations du droit comme la substitution subreptice d'un nouveau droit à l'ancien, par l'effet d'un déclin irrémédiable de la doctrine de l'autonomie de la volonté¹⁷³. À rebours, Louis JOSSERAND a cherché à résorber ce qu'elles pouvaient

contre-modèle destructeur de l'idée même de contrat, que comme un référent, qui certes n'est peut-être pas assimilable en tant que tel au droit privé, mais à l'inspiration duquel le droit civil peut se fier (GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil. Les obligations : les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1992 (1^{re} éd., avec la collaboration de Marc BILLIAU), p. 288 *sq.*). Dans le sillage de M^{me} CLOUZOT qui rapportait le rayonnement de la théorie de l'imprévision sur le droit privé (« La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », in *R.F.D.A.* 2010, p. 937), M. ANTIPPAS, (enseignant en droit privé), présente l'imprévision comme un emprunt auquel le droit civil pourrait se livrer afin de s'adapter aux besoins sociaux contemporains (« L'utilisation du droit administratif en droit civil », in *R.F.D.A.* 2014, p. 795). Renversment saisissant si l'on considère que l'autonomisation du contrat administratif s'est opérée par la théorie de l'imprévision. C'est précisément en l'employant à sa démonstration que M. BERTAUX a approfondi la question de *L'utilisation du droit administratif dans l'élaboration du droit civil : l'intégration de la théorie de l'imprévision* (2015) dans un mémoire de Master 2 (sous la direction du professeur PLESSIX ; exemplaire consultable à la bibliothèque Cujas. Cf. du même auteur un article qui synthétise son travail académique et publié dans la revue électronique : *Revue du master Droit public approfondi de l'université Panthéon-Assas Paris II* 2016, n° 1, p. 30). Du reste, la récente réforme du droit des obligations, réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016, a modifié en ce sens l'article 1195 du code civil (cf. STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », in *Revue des contrats* 2016 (hors-série : « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? »), p. 30). Cette assimilation de l'imprévision au droit privé conduit d'ailleurs le professeur PLESSIX à s'interroger sur l'oblitération de l'autonomie du droit administratif (« De Craonne à Bordeaux », in *Droit administratif* 2016, n° 5, repère 5). Pour notre part, nous sommes enclins à penser que les convergences entre droit public et droit privé ne sont pas de nature à occulter la singularité des droits qui respectivement saisissent contrats administratifs et contrats privés.

¹⁷³ Cf. à cet égard la conclusion de son ouvrage (précité) : *La révolte du droit contre le code* (1945).

avoir d'inintelligibles au droit civil, en rapportant leurs altérités au droit public. Il lui imputa l'influence de ces transformations de telle sorte qu'il ne devînt plus possible d'y entr'apercevoir une révolution intrinsèque au droit privé. La locution « contrat publicisé » familiarise cette idée que le droit privé assimile avec mesure quelques irradiations du droit public. Point de mystère qui ébranle la foi ; ce qu'il y a d'étrange est rapporté à un droit public qui est employé comme une figure complémentaire du droit privé, et qui absorbe ce qui est redoutable à ce dernier. En réceptionnant pour leur part la théorie de l'imprévision, les publicistes ont également redéployé la *summa divisio* autour du contrat. Ce fut nécessairement dans une perspective bien différente de celle des privatises : non pour cantonner une innovation subversive en jouant de la distinction entre droit public et droit privé, mais pour corréliser le contrat administratif à cette distinction telle qu'elle fut amplifiée par ladite théorie.

Section 3. – Des publicistes enclins à conférer au contrat administratif une acception irréductible au droit privé

508. La majorité des administrativistes qui réceptionnèrent la théorie de l'imprévision la comprirent comme une théorie spéciale au droit administratif, dont la formulation exacerbait la *summa divisio* en l'étendant au contrat (**paragraphe 1**). Loin de se prêter à une interprétation univoque, la théorie de l'imprévision permet de confronter le contrat au droit administratif d'après des perspectives doctrinales originales (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – La théorie de l'imprévision : vecteur d'une représentation accentuée de l'autonomie du droit administratif autonome

509. Une théorie de l'imprévision comprise, par certains publicistes, en accord avec une conception unitaire des contrats. – L'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (1916) du Conseil d'État a été favorablement accueilli par la doctrine administrative. Si ce n'est les critiques adressées à la procédure envisagée pour la détermination de l'indemnité d'imprévision¹⁷⁴, son principe fut approuvé comme équitable. Cela étant, les motifs par lesquels cet arrêt a été acclamé sont assez différents selon la conception que chacun se faisait de la concession de service public. Fidèle aux idées qu'il avait soutenues dans les années précédentes, le professeur parisien BERTHÉLEMY refusa de distinguer entre des contrats de genre différent. Il maintint au contraire cette opinion d'après quoi les dispositions du code civil applicables aux contrats le sont à tous les contrats sans exception. Les contrats administratifs ne désignent que des contrats spécialement soumis à la juridiction administrative, sans que cela ne détermine un corps de règles qui leur fût particulier. La justification qu'il apporte à l'appui de l'arrêt précité se fonde sur une interprétation du code civil qu'il ne prétend pas réserver aux contrats de l'administration.

En droit civil, aussi bien qu'en droit administratif, il y a lieu de tenir compte, dans une certaine mesure, de la théorie de l'imprévision, et nous estimons qu'on n'en doit tenir compte en droit administratif que dans la mesure où l'on en devrait tenir compte en droit civil¹⁷⁵.

Cette approche procède d'une conception classique du contrat que partage la doctrine civiliste en déclinant le contrat à partir de la doctrine de l'autonomie de la volonté. « *Civils ou administratifs, tous les contrats sont gouvernés par des règles "fondées sur*

¹⁷⁴ Nous pensons à l'article de Léon DUGUIT : « Le Conseil d'État et l'affaire du *Gaz de Bordeaux* » (*in R.P.P.* 1916, LXXXVII, p. 264) ; ainsi qu'à celui de Gaston JÈZE : « La guerre et les concessionnaires de service public (Compagnies du gaz) » (*in R.D.P.* 1916, p. 206).

¹⁷⁵ BERTHÉLEMY Henry, « Communes et gaziers », *in R.P.P.* 1917, XCII, p. 35.

l'équité et la commune intention des parties»¹⁷⁶. Cette distinction d'où résulteraient plusieurs sortes de contrats lui est proprement inintelligible – à lui comme à la majorité d'entre les juristes de son époque. Le contrat est une faculté par laquelle l'individu s'accomplit. Il n'est pas encore ce qu'il devint quelques temps plus tard : une technique juridique définissable selon les effets recherchés ; et, partant, une technique évolutive.

On se demande (...) par quelles formules spéciales la loyauté nécessaire qui doit présider à tous les accords humains pourra s'affirmer en droit administratif sans que la même formule s'impose forcément en matière civile.

Aussi doit-on se garder d'opposer, – en matière de contrats, – le droit administratif au droit civil. Ce serait faire tort à l'un ou à l'autre¹⁷⁷.

Tandis que la Cour de cassation maintint fermement son refus d'admettre la théorie de l'imprévision, certains civilistes n'ont pas été sans suggérer une attitude moins rigoriste et plus conciliante de la diversité des contrats. D'après une argumentation assez proche de celle du Conseil d'État et dont il s'inspire d'ailleurs, René DEMOGUE souligne la singularité des contrats à longue durée. La prolongation de leur exécution, longtemps après leur conclusion, peut placer les contractants face à une situation qu'aucun n'avait prévue : « *Il ne faut pas lui faire dire [au contrat] ce qu'il ne dit pas* »¹⁷⁸.

On pourrait ici, pour l'interprétation des contrats, dire ce que l'on a dit pour l'interprétation des lois dans ces dernières années : appliquons les lois dans ce qu'elles ont voulu, mais résolvons autrement que par la méthode déductive des cas auxquels elles ne pouvaient songer. (...)

Les contrats sont sous la protection de l'autorité judiciaire, qui doit faire le nécessaire quand, avec les données des parties, la convention ne peut fonctionner¹⁷⁹.

Peu nombreux il est vrai, ces civilistes ont souhaité soumettre le code civil à une compréhension qui serait admettre qu'en certaines hypothèses, les parties n'ayant rien prévu le juge ne pût se dissimuler derrière son office purement interprétatif en s'acharnant à faire appliquer une convention viciée par les circonstances. Suivant un point de vue différent, c'est exactement ce à quoi pense Henry BERTHÉLEMY lorsqu'il parle d'une solution *équitable* – quoiqu'elle ne puisse s'énoncer pareillement pour les civilistes, tant ce terme charrie une somme d'*a priori*.

En matière d'interprétation des contrats, (...) c'est ce qui est équitable qui se trouve être juridique.

Il est équitable d'admettre que la commune intention des parties a été d'établir un équilibre relatif entre les engagements du concédant et ceux du concessionnaire. (...) Les risques ne dépassent pas ce que les parties ont pu communément prévoir. Il serait injuste de déduire, de la lettre des cahiers

¹⁷⁶ *Id.*, p. 35.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ DEMOGUE René, Chronique de jurisprudence civile [contrat à longue durée et bouleversement des conditions économiques], in *R.T.D. civ.* 1916, p. 520.

¹⁷⁹ *Ibid.*

des charges, des obligations indéfinies à la charge du concessionnaire, à quoi, de bonne foi le concédant n'a ni pu, ni voulu les imposer¹⁸⁰.

510. Pierre SAINT-MARC qui entreprit une thèse sur l'imprévision conclut emblématiquement sa démonstration : « *En définitive, aucune antinomie entre les principes du Code civil et l'arrêt du 30 mars 1916. L'arrêt est donc juridique* »¹⁸¹. L'imprévision n'est juridique qu'autant qu'elle est conforme au droit civil. Les conclusions personnelles de cet auteur sont de peu d'intérêt au regard de ce que sa démarche nous indique : la théorie de l'imprévision s'apprécie à l'aune du droit civil qu'il n'est pas question de marginaliser ; l'enjeu même consiste à l'y rattacher pour repousser le reproche d'arbitraire. C'est précisément ce que souligne un autre docteur d'après lequel cette théorie participe du droit civil – sinon des principes qui l'ont inspiré – en conservant le contrat au-delà des prévisions formellement énoncées par les parties.

Le juge ne refait pas le contrat, la structure générale de la concession subsiste, son but est atteint, il s'agit donc d'une simple adaptation au milieu nouveau, permettant à la convention de s'exécuter. (...)

En réalité, la convention a eu en vue un état de choses déterminé, elle n'a pu prévoir la situation nouvelle, elle présente donc une lacune que le juge constate ; il invite les parties à la combler, de là la procédure de renvoi suivie par le Conseil d'État¹⁸².

Plus loin il insiste pour convaincre que cette théorie ne résulte pas d'une jurisprudence arbitraire du Conseil d'État. Bien au contraire, elle procède d'une compréhension intelligente du contrat en s'affairant à son maintien lorsque les circonstances contraignent le débiteur à ne plus pouvoir exécuter ses obligations sans se ruiner.

La théorie de l'imprévisibilité est l'application d'un principe supérieur de droit et d'équité. (...) Loin d'être une conception révolutionnaire, [elle] présente un caractère profondément conservateur, puisqu'elle tend à assurer, par une réformation prudente et nécessaire des clauses devenues inapplicables, le maintien de la convention dans sa substance même¹⁸³.

C'est bien cette conception de l'imprévision qui inclina plusieurs civilistes à rejeter les contrats administratifs hors du droit civil, en leur désignant une nature différente de celle des contrats du droit privé. Car, dès lors, l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances confère au juge un pouvoir d'appréciation qui lui permet d'imposer aux parties des obligations auxquelles elles n'ont pas expressément souscrites – sinon dans l'étendue que leur confère le juge. Que ce soit en s'essayant à justifier cette théorie par une interprétation latitudinaire du code civil, ou bien en mobilisant des

¹⁸⁰ BERTHÉLEMY Henry, « Communes et gaziers », in R.P.P. 1917, XCII, p. 37.

¹⁸¹ SAINT-MARC Pierre, *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, Paris, Jouve & Cie, 1918 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par BERTHÉLEMY, professeur de droit administratif), p. 106.

¹⁸² GROS Marcel, *Les conséquences juridiques de la guerre sur les services publics concédés du gaz et de l'électricité. Étude de jurisprudence administrative*, Lyon, Neveu & Cie, 1922 (thèse de doctorat, faculté de Lyon ; présidée par APPLETON, professeur de droit administratif), p. 137.

¹⁸³ *Id.*, p. 142.

principes sur lesquels il fut supposé s'étayer, ces quelques démonstrations embrassent indifféremment le droit privé et le droit public. En la fondant sur le Droit plutôt que sur des motifs spécialement empruntés au droit administratif, elles présentent quelque chose de menaçant pour les civilistes dont la plupart sont rétifs à la réception de l'imprévision en droit privé. Marcel GROS n'en fut pas dupe.

La jurisprudence civile, trop étroite et attachée à la lettre du Code, ne réussit pas à satisfaire les besoins de la vie des affaires, de là le mouvement hostile de l'opinion et l'intervention du législateur. Une petite partie de la jurisprudence fut même gagnée par cette réaction. (...)

Il n'est pas douteux que l'imprévisibilité exige pour se manifester des conjonctures extraordinaires, il n'en reste pas moins que, dans toute convention de longue durée, elle sera susceptible d'apparaître. Débordant le domaine du droit administratif, elle finira par pénétrer le vieux droit civil¹⁸⁴.

C'est d'ailleurs en ce sens que se sont engagées plusieurs thèses entreprises par des civilistes, ainsi que nous l'avons rapporté plus haut. Nonobstant quelques différences aucunement significatives, les administrativistes qui viennent d'être évoqués conçoivent les contrats de l'administration suivant une acception classique – c'est-à-dire contemporaine des années 1900. Pour être marqués par certaines particularités, les contrats administratifs n'en restent pas moins des contrats assimilés au droit civil. Ils se distinguent des contrats civils dans la même mesure que les contrats commerciaux. En outre, loin d'être subversive, la théorie de l'imprévision procède d'une jurisprudence déjà mise en forme par le juge administratif au sujet des marchés de travaux publics. Quoique son application aux concessions de service public ait modifié sa portée, cette novation procède d'une appréhension dynamique du Droit – à l'instar de certaines théories civilistes d'avant-guerre, comme celles de l'enrichissement sans cause et de l'abus de droit.

511. **Une théorie de l'imprévision comprise, par nombre de publicistes, comme antinomique à une conception unitaire des contrats.** – En appréhendant la théorie de l'imprévision sous le même rapport, d'autres administrativistes – plus nombreux sûrement – ont renoncé à trouver un fondement emprunté au droit civil ou à quelques principes l'y soumettant. D'après l'un d'eux, l'idée d'après quoi le contrat doit pouvoir être adapté aux circonstances extraordinaires suivant l'esprit originel voulu par les parties, « *si [donc cette idée] est bien celle du Conseil d'État, [elle] ne semble pas pouvoir se concilier avec les principes de notre droit ; elle ne s'harmonise pas avec les règles d'interprétation des contrats édictées par le Code civil et qu'on s'accorde à considérer comme applicables au droit administratif* »¹⁸⁵. De ce point de vue, « *cette théorie apparaît, dans notre*

¹⁸⁴ *Id.*, p. 139 et 143.

¹⁸⁵ DESJONQUÈRES Charles, *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, Paris, Jouve & C^e, 1926 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par JACQUELIN, professeur de droit administratif), p. 60.

droit administratif, comme une création rappelant celles du préteur en droit romain »¹⁸⁶. Charles DESJONQUÈRES admet qu'elle puisse s'expliquer par l'intérêt général dont la continuité des services publics est une déclinaison. En empruntant au droit civil un référent étriqué, il porte sur la jurisprudence du Conseil d'État une opinion peu amène : la concession de service public s'éloigne toujours un peu plus du contrat, au point de n'être plus qu'une création prétorienne monstrueuse.

Le contrat de concession perd de plus en plus le caractère de droit strict que la jurisprudence lui reconnaissait encore, il y a quelques années. De plus en plus, prédomine cette idée que le concessionnaire est astreint à des obligations plus étendues que celles résultant du droit privé, et qu'il doit subir, moyennant une équitable indemnité, toutes les aggravations de charges que l'Administration jugera commandées par l'intérêt public¹⁸⁷.

Cette observation est commune dans les années 1920 ; elle présente peu de traits originaux. Pourtant, notre auteur s'emploie à la corroborer à l'aune d'une conception du droit civil étroite, dont le contraste fait opportunément surgir un *hiatus* entre celui-ci et le droit administratif. Le principe de la continuité des services publics « *qui a bouleversé la notion du contrat de concession, n'a aucune base dans notre législation, pas plus d'ailleurs que l'interprétation donnée par le Conseil d'État à l'intention des parties* »¹⁸⁸. D'où il tire cette conclusion saillante : « *Il y a là (...), il faut bien le reconnaître, une création analogue à celles du droit prétorien : le Conseil d'État s'est ainsi fait législateur en même temps que juge* »¹⁸⁹. Dans cette thèse nous y trouvons les éléments autour desquels s'est clivée la théorisation des contrats administratifs. D'une part, la théorie de l'imprévision a permis de penser une opposition qui attachât les contrats administratifs à d'autres principes que ceux du code civil. À cet égard, son extension aux marchés de fournitures lui a conférée une portée qui embrasse tous les contrats liés au fonctionnement des services publics. Il n'est pas fortuit que cet auteur ait réalisé une thèse sur les marchés de fournitures : étant plus proches du contrat classique que les concessions de service public, la critique dont ils sont l'objet est plus pénétrante encore. D'autre part, l'exacerbation des différences entre droit administratif et droit civil – quant à l'imprévision – a contribué à faire ressortir la singularité du rôle du juge administratif. Cette opposition entre les deux droits s'est reposée sur une conception du droit civil rigoriste, représentative de la doctrine civiliste la plus orthodoxe. Ce faisant, ce contraste aida à concevoir pour les contrats administratifs une nature particulière qui les fit ressortir à un droit spécial. Tandis que dans les décennies 1890 et 1900, « *une tendance, dans la doctrine et la jurisprudence, [conduisit] à assimiler les marchés de fournitures aux contrats du droit privé* »¹⁹⁰, l'essor de la théorie de

¹⁸⁶ *Id.*, p. 63.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 66.

¹⁸⁸ *Id.*, p. 67.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 68.

¹⁹⁰ *Id.*, p. 172.

l'imprévision fut concomitant à celui pris par des « *conceptions nouvelles sur la nature des contrats administratifs* »¹⁹¹. Aussi cette nature donne-t-elle la mesure d'une appréhension particulière à ces contrats. Elle souligne l'inclination du juge administratif à s'attribuer un pouvoir d'appréciation sans nulle comparaison avec celui usuellement reconnu au juge civil – pour qui le respect des volontés des parties s'impose strictement. Ce n'est pas qu'il faille prendre cette affirmation au pied de la lettre. Nous dirions plutôt que le juge judiciaire a accru ses prérogatives dans une perspective différente de celle du juge administratif. Le premier le fit en prétextant interpréter les contrats tels qu'ils furent voulus par les parties – et nombre de civilistes ne furent pas dupes de la liberté qu'il s'est octroyé en préférant une analyse psychologique de la volonté des parties. Le second s'est moins attaché à ces dernières, pour mieux considérer le but – ou la cause – des contrats passés pour la gestion des services publics. Du reste, c'est pour les moyens de la démonstration que les administrativistes se sont représentés un juge judiciaire timoré et bien plus conservateur qu'il ne l'a été réellement.

- 512. Une théorie exorbitante du droit commun, au point de vue des pouvoirs du juge administratif.** – Les conclusions du commissaire du gouvernement CORNEILLE prononcées pour l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (1918) accusent plus encore que celles (précitées) de CHARDENET, l'articulation par où diverge la jurisprudence administrative du droit commun. « *En principe, (...) le contrat règle d'une façon définitive (...) les obligations respectives des contractants* »¹⁹². Rappelant la teneur de la jurisprudence dégagée par l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* (1916), celui-ci rapporte aussitôt ce par quoi elle se singularise du droit civil, étant donné que le marché de fournitures est de ces contrats dont l'analogie avec les contrats du droit privé est la plus forte. Seulement, il s'agit pour nous de s'interroger sur l'enjeu de cette différence plutôt que de lire lesdites conclusions comme si elles se donnaient comme un cours de droit. À cet égard, Louis CORNEILLE est assez explicite : les solutions du droit privé sont insatisfaisantes. Soit que la jurisprudence de la Cour de cassation confère à la théorie de la force majeure une portée trop restreinte ; soit que la loi du 21 janvier 1918 (dite Failliot) n'envisage le cas échéant que la résiliation du contrat. « *Il faut, avant tout, que le service se fasse ; (...) il ne se ferait pas si l'on s'en remettait aux solutions pures du Code civil, à la théorie de l'art. 1148 du Code civil, à la théorie du cas de force majeure, amenant la résolution du contrat* »¹⁹³. La « *nature particulière* » dont il crédite les contrats passés pour le fonctionnement des services publics est toute commandée par l'impossibilité de recourir au droit commun sans mettre fin à un contrat à propos

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² CORNEILLE Louis-François, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (C.E., 18 février 1918), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, *op. cit.* (2^e série, t. 88 ; année 1918), p. 121.

¹⁹³ *Id.*, p. 122.

duquel l'enjeu, précisément, est de poursuivre l'exécution. Bien sûr la théorie de l'imprévision procède de l'extension d'une jurisprudence pratiquée pour les marchés de travaux publics. Cela dit il ne faudrait pas se tromper sur la portée de cet argument. Il ne s'agit pas tant d'une théorie dont la valeur fût réévaluée pour l'adapter à la nature de certains contrats – jusqu'alors négligée ; que de fonder dans « *les théories traditionnelles de droit administratif* »¹⁹⁴ une prérogative qui permît au juge administratif d'intervenir activement dans l'opération contractuelle lorsque les volontés respectives des parties ne parviennent plus à s'accorder pour en poursuivre l'exécution. La solution par laquelle le Conseil d'État somme l'administration d'indemniser la société requérante du préjudice résultant de la hausse imprévisible du prix des matières premières, lui confère par là-même la possibilité de faire plier les volontés contractuelles au-delà de leurs engagements respectifs. Le professeur lillois MOREL fut assez clairvoyant pour discerner dans ce réaménagement prétorien, non seulement un bouleversement de l'idée de contrat en droit administratif, mais aussi et surtout un travestissement de l'office du juge administratif.

Quels pouvoirs exercera [le Conseil d'État] lui permettant de venir modifier les clauses contractuelles qui doivent constituer, d'après le droit civil, la loi des parties ? (...)

Ce n'est ni comme juge du contrat, ni comme juge de l'excès de pouvoir, qu'il solutionnera comme il vient d'être dit les difficultés nées à l'occasion de marchés de services publics. C'est à la fois en ces deux qualités qu'il agira, ou plutôt c'est comme juge-administrateur suprême qu'il décidera¹⁹⁵.

Cet auteur est le seul à avoir explicitement porté cette analyse. Curieusement, il fut assez peu repris par les autres administrativistes. Gaston JÈZE par exemple le cite à titre de comparaison avec sa propre note sur l'arrêt précité. À vrai dire, André MOREL rapporte une opinion qu'il avait déjà émise au début de l'année 1918 – dans une étude doctrinale consacrée aux marchés de fournitures¹⁹⁶. Aussi son analyse procède-t-elle d'une réflexion mûrie, lorsque les autres commentateurs paraissent être pris de court par la jurisprudence du Conseil d'État. Dès lors, celui-là présente le mérite de mettre en perspective les tenants et les aboutissants d'une conception inédite des contrats de l'administration. Cette dernière restera toujours mystérieuse à ceux qui ne s'efforceront pas d'en rechercher les implications. Dans ses conclusions, Louis CORNEILLE explicite une idée qui, formulée comme elle l'est, ne manque pas d'originalité. Pourtant, nous ne pensons pas qu'il faille en exagérer le génie.

L'État ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des intérêts restreints, des intérêts d'individualité, des intérêts

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ MOREL André, Note sur l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (C.E., 18 février 1918), in *La Loi* 1918 (3-4 avril), n° 41, p. 2.

¹⁹⁶ Cf. MOREL André, *Les marchés de fournitures des départements de la guerre et de marine pendant les hostilités*, Paris, Bureau du Journal [du droit administratif], 1918.

individuels. Il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usages du service public, pour l'intérêt collectif et général. Et alors, toutes les fois qu'il passe véritablement un marché de service public, il fait quelque chose d'autre que ce que fait un contractant ordinaire, un contractant du Code civil ou du Code du commerce. Puisqu'il fait quelque chose d'autre que ce contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les mêmes règles qu'aux contrats de droit commun ; c'est la logique, et, par suite, c'est le droit.

De là est née l'idée, qui est la base de tout le droit administratif moderne, qu'il y a, dans le contrat de service public, une situation juridique différente de celles qui font l'objet du titre des obligations du Code civil, situation qui doit se traduire par des différences de principe¹⁹⁷.

Cette idée que l'État agit dans un sens qui est toujours déterminé – en dernière extrémité – par la satisfaction de l'intérêt général, n'est pas révolutionnaire en soi. Si ces développements présentent une originalité qu'il ne faut pas nier, il convient de ne pas l'attribuer au génie d'un homme – fût-il précédé de quelques précurseurs. Bien loin de le mésestimer, Louis CORNEILLE fut habile à s'approprier une appréhension des contrats administratifs implicite et diffuse, pour lui conférer des contours précis et une portée juridique fonctionnelle. Cette initiative est incompréhensible si l'on ne mesure pas ce à quoi elle réagit. Nous l'avons déjà esquissé plus haut : il est question de l'intransigeance de la Cour de cassation à faire respecter l'immutabilité des contrats – au travers de la force majeure –, nonobstant les bouleversements économiques provoqués par les hostilités. En s'inscrivant aux antipodes de celle-ci, le Conseil d'État assumait – en tant que juge – une fonction à laquelle elle s'était refusée. Présentée comme un principe du droit administratif, la continuité des services publics appelle comme corollaire non seulement la modification éventuelle des contrats y afférents, mais encore l'intervention du juge en cas de désaccord persistant entre l'administration et son contractant. Tout en appréciant l'intention des parties avec une latitude respectueuse, le juge n'y est plus liée : il doit composer avec elle et, le cas d'échéant, y substituer un sens différent afin de s'assurer que le but poursuivi par le contrat litigieux fût pleinement satisfait.

- 513. La théorie de l'imprévision, fruit d'une divergence prétorienne entre les deux ordres juridictionnels.** – Cette idée qui pourra aujourd'hui paraître à certains comme assez classique, était radicalement subversive au début du XX^e siècle. Était-elle inédite dans les années 1910 ? Sûrement pas. Seulement, l'intrusion du juge administratif dans l'exécution du contrat a toujours reposé sur des fondements qui furent respectueux de la loi des parties, quitte à en émousser les dernières rigueurs. En revanche, la consécration de la théorie de l'imprévision en des termes inédits – qui plus est à une époque où la Cour de cassation manifestait une farouche

¹⁹⁷ CORNEILLE Louis-François, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (C.E., 18 février 1918), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 88 ; année 1918), p. 124.

opposition – ne pouvait s’opérer par les mêmes biais démonstratifs. Il serait simpliste de se figurer le Conseil d’État comme ayant enfin « défini » la vraie nature des contrats administratifs. Sa jurisprudence résulte d’une divergence dirimante d’avec celle de la Cour de cassation. Cette jurisprudence ne pouvait sans heurt se justifier d’après une perspective empruntée exclusivement au contrat. Il ne faut pas non plus se figurer la Cour de cassation comme étant le dépositaire du contrat dont elle dût préserver la pureté du concept, tandis que le Conseil d’État en aurait développé un autre, sensiblement différent et d’où un divorce eût découlé. Nous pensons plutôt que l’une et l’autre juridiction se sont disputées une conception du contrat dont les termes étaient si antinomiques qu’il était malaisé de les assortir aux mêmes fondements. Celle-là s’attacha à la doctrine de l’autonomie de la volonté dont certains civilistes récusait pourtant la pertinence – et plus encore à une époque d’instabilité économique. Celui-ci s’attacha à mesurer le contrat à l’aune de sa destination, suivant une perspective qui emprunte beaucoup aux civilistes – tel René DEMOGUE – qui dans les années 1900 invitèrent à appréhender le contrat en rapport avec sa finalité sociale. Pour le dire autrement, l’imprévision n’a pas suscité une divergence par laquelle la jurisprudence administrative se fût désolidarisée d’une conception canonique du contrat – comme par l’effet d’une émancipation brutale. Il faut plutôt voir que le contrat pouvait être différemment appréhendé, suivant plusieurs acceptions formalisées par la doctrine juridique dans les dernières années de la Belle Époque, et que les vicissitudes de la guerre ont profondément éprouvées au point d’en exacerber les divergences. L’imprévision suscita entre le Conseil d’État et la Cour de cassation des prises de position concurrentes et inconciliables relativement au contrat. Ce qu’il y a d’extraordinaire dans la théorie de l’imprévision telle que le Conseil d’État l’admet, c’est le pouvoir qu’il s’arroge de forcer les parties à continuer l’exécution du contrat litigieux. Ceux des civilistes enclins à l’admettre pour le droit civil n’ont toujours envisagé que l’existence d’un pouvoir judiciaire de résiliation – de telle sorte qu’il pût libérer le débiteur. À l’origine, le Conseil d’État est d’ailleurs assez discret sur cette prérogative qu’il s’attribue. C’est davantage André MOREL qui l’a mise en exergue pour distinguer les marchés de fournitures des contrats du droit privé. Si bien que leur singularité procède moins de leur nature intrinsèque que de la position éminente d’après laquelle le Conseil d’État se situe vis-à-vis de l’administration contractante.

514. L’impossible exportation de la théorie de l’imprévision vers le droit privé. –

Gaston JÈZE fut de ces administrativistes pour qui l’imprévision permit de discerner au profit de certains contrats de l’administration un régime juridique spécial, en tant qu’il « combine [les règles du droit privé] avec l’idée fondamentale que ces règles ne doivent pas contrarier, mais, au contraire, doivent faciliter le fonctionnement régulier et continu des services

publics »¹⁹⁸. En reconnaissant que cette idée fut formalisée par la jurisprudence à partir de 1916, il ne cite à l'appui de cette opinion que des commissaires du gouvernement s'étant prononcés à l'occasion d'arrêts faisant application de la théorie de l'imprévision. Il ne dissimule pas la place cardinale qu'il lui confère dans la définition de ce régime juridique spécial.

On le voit, on n'applique pas aux marchés administratifs purement et simplement les règles du droit civil sur les contrats. Le Conseil d'État *nuance* ces règles d'après les nécessités du bon fonctionnement des services publics. Une de ces règles spéciales les plus importantes est la fameuse théorie de l'imprévision¹⁹⁹.

Repris dans un article publié à la *Revue du droit public*, ces extraits indiquent suffisamment bien la démarche de Gaston JÈZE, pour qui les singularités frappant les « *marchés administratifs* »²⁰⁰ procèdent d'un réaménagement des règles du droit civil²⁰¹. Elles résultent pour ainsi dire d'une émancipation vis-à-vis de la conception classique du contrat, dont le cadre fut maintenu étroit par le conservatisme de la Cour de cassation. L'écart ne se mesure pas tant par rapport à une idée intemporelle du contrat, qu'à l'aune d'une divergence d'avec la jurisprudence judiciaire. La théorie de l'imprévision est d'ailleurs le seul exemple qu'il mobilise à l'appui de ses propos : suggérées par la jurisprudence du Conseil d'État, ses réflexions sur les marchés administratifs paraissent toutes commandées par le souci de justifier ce *hiatus*. Il n'en reste pas moins convaincu de l'intangibilité du contrat :

Le contrat fait la loi des parties. (...) Le jour où l'on abandonne le terrain solide du contrat et du respect de la parole donnée, on est en pleine fantaisie²⁰².

C'est toujours à propos de la théorie de l'imprévision qu'il compose un article sur « *Le régime juridique des marchés de service public* », dans lequel il abstrait cinq principes dominants :

- 1° La convention fait la loi des parties. (...)
- 2° Les aléas d'un marché qui doivent rester à la charge des parties contractantes sont les *aléas ordinaires*. (...)
- 3° L'exécution d'un marché destiné à assurer le fonctionnement d'un service public est dominée par l'idée de *continuité, de régularité*, idée essentielle qui est à la base du service public. (...)
- 4° L'administration peut toujours mettre fin, à un moment quelconque, par sa volonté *unilatérale*, à un contrat de service public. (...)

¹⁹⁸ JÈZE Gaston, *Cours de droit public (licence) professé à la faculté de droit de Paris pendant le 2^e semestre 1921-1922*, Paris, Giard, 1922, p. 161-162.

¹⁹⁹ *Id.*, p. 163.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Le titre de cet article est suffisamment éloquent : « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public » (*in* R.D.P. 1923, p. 5).

²⁰² JÈZE Gaston, « La force majeure dans les marchés administratifs de fournitures ou de travaux », *in* R.D.P. 1920, p. 414.

5° L'interprétation des clauses d'un marché de service public, l'application à un marché de service public, quel qu'il soit, (...) des principes généraux du droit public est faite par les agents administratifs²⁰³.

515. Cette synthèse condense le respect qu'il garde pour la situation individuelle consacrée par le contrat (1°), en y reconnaissant classiquement une opération destinée à répartir conventionnellement les risques économiques (2°). Seulement il ne se fait pas du contrat une conception aussi rigide que la majorité des civilistes : « *Il faut, en appliquant un contrat, rechercher l'intention raisonnable commune des parties, ce qu'elles ont raisonnablement pu et dû prévoir. Sur cette idée repose la théorie très juridique, dite de "l'imprévision"* »²⁰⁴. Il la justifie par la nécessité dans laquelle l'administration est placée d'assurer l'exécution continue des services publics (3°), d'où l'interdiction pour ses contractants de résilier le contrat. Aussi le bouleversement de l'économie du contrat par le jeu de l'imprévision ne conduit-elle pas à la résiliation – comme la loi Failliot l'envisage par exemple pour les contrats civils et commerciaux qui y ressortissent –, mais à l'indemnisation du contractant de l'administration. C'est à ce propos qu'il écrit : « *C'est ici que les règles du droit public se séparent le plus nettement des règles du droit privé* »²⁰⁵. À l'inverse, l'administration doit pouvoir interrompre ses relations contractuelles dans l'intérêt public, sauf indemnisation du contractant lésé (4°). Pareillement, l'administration ne saurait être obligée de solliciter le juge avant de prendre une décision à l'adresse de son contractant (5°). « *Grâce à [cette règle], l'administration a la possibilité, si le service public l'exige, de supprimer tous les retards qui résultent, dans les rapports de particuliers à particuliers, de l'obligation de s'adresser préalablement au juge pour faire régler le désaccord, ou de la faculté reconnue au juge d'accorder au débiteur un délai d'exécution (art. 1184, Code civil)* »²⁰⁶. Cette appréhension des marchés administratifs met incontestablement au premier plan le contrat, sauf qu'au lieu de considérer les volontés des parties comme un terme indépassable, il en fixe l'appréciation à l'aune du but du contrat. Son régime se règle selon les exigences inhérentes au fonctionnement des services publics auxquels il se rapporte. Cette considération lui fit critiquer, quelques années plus tard, ceux qui entre-temps avaient entrepris d'étendre au droit privé la théorie de l'imprévision.

Le juge n'a pas le droit (...) d'imposer au créancier une solution qu'il repousse. *Ce serait l'arbitraire du juge*. Le respect de la parole donnée, même s'il en résulte la ruine du débiteur, est le principe fondamental sur lequel repose l'ordre social. (...)

Le danger d'une interprétation extensive de la force majeure est d'ébranler le principe du respect des contrats, d'encourager les débiteurs de mauvaise foi, de troubler la vie économique du pays en raison du

²⁰³ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (C.E., 18 février 1918), in R.D.P. 1918, respectivement p. 223, 224, 231, 239 et 241).

²⁰⁴ *Id.*, p. 225.

²⁰⁵ *Id.*, p. 231.

²⁰⁶ *Id.*, p. 241-242.

contrecoup inévitable qu'entraîne, de proche en proche, l'inexécution d'une obligation contractuelle.

Il y a lieu d'insister sur cette dernière considération. L'intérêt national exige que les *contrats entre particuliers* soient toujours exécutés sans modification. S'il s'agit de *contrats administratifs*, l'intérêt national est en sens contraire²⁰⁷.

La théorie de l'imprévision lui paraît marquer une telle différence d'avec les contrats du droit privé, que sa réception par les civilistes lui semble tout à fait inconcevable ; sa raison d'être emprunte aux principes spéciaux au droit public.

Il faut marquer la différence qui sépare le droit public et le droit privé. *Le problème à résoudre n'est pas le même*. En droit public, la nécessité d'assurer la continuité du service public est l'idée prépondérante. C'est ce que certains juristes de droit privé n'ont pas compris. Ils ont cru pouvoir transporter au droit privé la solution du droit public ; ils ont ainsi appliqué une solution excellente du droit public, mais imaginée pour un problème tout à fait différent²⁰⁸.

Il est curieux de lire sous la plume de Gaston JÈZE cette critique souvent avancée par les civilistes, tirée de l'arbitraire du juge judiciaire si seulement il se voyait attribuer la possibilité d'appliquer l'imprévision aux contrats de droit privé. En un sens, ses arguments sont peu originaux. Cela étant, il nous paraît moins intéressé par les contrats de droit privé qu'il ne s'efforce de mettre en exergue le fondement à la base duquel se distinguent les contrats liés au fonctionnement des services publics. La théorie de l'imprévision l'aide en cela à singulariser le régime juridique des contrats administratifs. Pour le reste, il insiste très peu sur le rôle qu'y joue le juge administratif.

Paragraphe 2. – L'assimilation au droit administratif d'un contrat rendu autonome du droit privé

516. La mise en exergue d'un Conseil d'État juge-administrateur. – Ainsi que nous l'avons indiqué *supra*²⁰⁹, c'est davantage André MOREL qui souligna cet aspect particulier que la théorie de l'imprévision conféra aux contrats passés pour le fonctionnement des services publics. Précédant de peu Gaston JÈZE dans ses analyses, nous avons déjà mentionné de cet auteur une note d'arrêt publiée à propos de l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (1918). C'est plus encore dans un ouvrage paru

²⁰⁷ JÈZE Gaston, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, Giard, 1927-1936 (4 vol.), t. 3 (1934), p. 9-11.

²⁰⁸ *Id.*, p. 13-14.

²⁰⁹ Cf. les § 512 et 513.

juste avant cet arrêt qu'il eut l'occasion de développer une doctrine assez originale en comparaison de la littérature juridique de son époque. Défendant des idées proches de celles de Léon DUGUIT, il estimait dans le même sens que :

[La juridiction administrative] tire de [la] notion de service public des conséquences totalement différentes de celles admises par les tribunaux qui ne la prennent pas comme base fondamentale de leur jugement²¹⁰.

Dans une étude perspicace, il assoit cette différence sur l'acception usuellement admise du contrat : un acte dont l'essence procède de la volonté des parties.

En droit commun, (...) il est une règle uniformément appliquée par la jurisprudence civile : la convention est la loi des parties. Le rôle du juge, appelé à statuer sur un litige intéressant un contrat, se borne uniquement à rechercher quelle pouvait être l'intention des parties au moment où ce contrat a pris naissance. (...) Autrement dit, c'est l'interprétation de la volonté des parties, exprimée, présumée ou supplée, qui est la base du jugement civil. (...)

En droit administratif, c'est une tout autre idée qui sert de point de départ au juge : (...) ce n'est pas la volonté, exprimée ou présumée des parties qui sert à construire le jugement, ou plutôt ce n'est pas elle qui occupe la place prépondérante dans la décision, mais bien l'idée de bon fonctionnement du service public, ou si l'on veut l'idée de sauvegarder, d'assurer une équitable satisfaction à l'intérêt général²¹¹.

Ces propos ressemblent beaucoup à ceux que tint plus tard Gaston JÈZE. Cela dit, il développa plus loin son analyse en fondant la spécificité des marchés de fournitures moins sur l'existence d'un régime juridique spécifique, que sur le rôle iconoclaste joué par le juge administratif.

En prenant comme base de sa compétence, dans les marchés de travaux publics comme dans ceux de fournitures, l'idée de bon fonctionnement du service public qui doit s'imposer à l'Administration dans les marchés qu'elle passe, le Conseil d'État ne s'est-il pas autorisé, comme juge du contrat, à examiner si les prétentions de l'Administration sont bien conformes au bon fonctionnement du service, à rétablir les choses dans l'état où elles devraient se trouver si ce but n'avait pas été méconnu. (...) En quelle qualité peut-il agir ainsi ? Est-ce comme juge du fond, comme juge du contrat ? Certes, la chose est bien évidente. Mais c'est comme juge du contrat, détenteur des pouvoirs spéciaux qu'il tient de sa qualité de chef suprême de l'administration c'est comme juge du contrat titulaire du contrôle hiérarchique, c'est, disons le mot, comme Juge-Administrateur²¹².

L'approche est bien différente de celle qu'adopta peu après son collègue parisien. Il n'insiste pas tant sur les pouvoirs exorbitants dont l'administration disposerait à l'encontre de son contractant, mais plutôt sur l'office tutélaire qu'exerce le Conseil d'État à l'endroit de l'administration contractante. André MOREL admet bien l'existence d'un régime juridique spécial qui résulte de la conjugaison d'une situation légale (à l'instar des contrats d'adhésion) coexistant avec une situation purement

²¹⁰ MOREL André, *Les marchés de fournitures des départements de la guerre et de marine...*, *op. cit.* (1918), p. 82.

²¹¹ *Id.*, p. 82-83.

²¹² *Id.*, p. 133.

contractuelle. Il n'en estime pas moins que le caractère *sui generis* des marchés de fournitures ne procède pas tant des règles qui leur sont particulières que de la manière dont le Conseil d'État y applique sa juridiction. Ses deux caractères de juge du contrat et de supérieur hiérarchique de l'administration « *lui permettent d'adapter ses attributions d'autorité administrative suprême à sa mission de juge* »²¹³. La pertinence de cette approche réside dans ce que la nature des marchés n'est pas profilée d'après une formule performative comme peut l'être celle de Gaston JÈZE. Au contraire, elle résulte d'une analyse de l'office juridictionnel tel que le Conseil d'État l'exerce. Elle se renforce de la conception attachée à la juridiction administrative qui lui assigne une portée profondément incarnée dans la gestion contentieuse de l'action administrative.

517. Il n'est pas question d'une caricature présentant un contractant soumis à la fêrule de l'administration. D'après le point de vue du lillois André MOREL, le marché de fourniture est une norme singulière par quoi le Conseil d'État exerce un contrôle aussi bien juridique que gestionnaire.

La plénitude de ces pouvoirs (...) est indispensable, non seulement pour la sauvegarde de l'intérêt général intéressé par les marchés de fournitures, mais plus encore peut-être pour la protection des intérêts privés engagés dans ces marchés. Le fournisseur qui n'aurait plus pour le protéger l'interprétation large que le Conseil d'État donne aux clauses imposées par l'Administration, se trouverait exposé, sans défense aucune, aux interprétations les plus rigoureuses et les plus injustes de cette Administration. (...) De même si l'Administration n'avait pas un juge détenant les pouvoirs d'appréciation que possède le Conseil d'État, elle risquerait en maintes circonstances de ne pouvoir défendre le bon fonctionnement des services publics contre les pensées égoïstes et mercantiles des fournisseurs²¹⁴.

C'est à l'aune de ces prérogatives prétoriennes qu'il critique cette appellation employée par quelques-uns de ses contemporains – celle de « *contrat de droit public* » –, comme inutile ou embarrassante.

Ou bien l'expression « *contrat de droit public* » représente une situation juridique de tous points identique à la situation contractuelle du droit commun, ce qui n'a jamais été démontré ; et alors pourquoi ajouter cette épithète de « *droit public* » ? Ou bien, c'est quelque chose de totalement différent, et nous demandons pourquoi l'on utilise l'expression « *contrat* » qui peut prêter à une confusion regrettable²¹⁵.

Quoique marginal dans son opinion et assez peu cité par ses contemporains – de même qu'il est parfaitement négligé de nos jours²¹⁶ –, cet auteur n'en est pas moins

²¹³ *Id.*, p. 135.

²¹⁴ *Id.*, p. 137.

²¹⁵ *Id.*, p. 21-22.

²¹⁶ Il est malaisé de comprendre pourquoi cet auteur fut occulté. Nous ne lui connaissons que son ouvrage précité. Publié avant la fin de la guerre, sa diffusion dût être problématique. Pour cause, il n'est référencé que dans deux bibliothèques universitaires (celles de Dijon et d'Aix-Marseille).

emblématique d'une conception qui s'est diluée avec la disparition de la juridiction ministérielle. Nous avons développé qu'au XIX^e siècle, la singularité majeure des marchés de fournitures de l'État résidait moins dans ces contrats en tant que tels, que dans la procédure contentieuse à laquelle l'administration active était associée en première instance. Il n'y a rien de fortuit dans l'analyse d'Édouard LAFERRIÈRE qui souligne la nature *sui generis* de ces marchés. Cette incise doctrinale qui est peu compréhensible si l'on ne tient pas compte des mutations dont le contentieux administratif avait alors été l'objet, trouve un sens éclairant lorsque l'on considère que l'évolution à laquelle a abouti la jurisprudence CADOT a ôté aux marchés de fournitures de l'État toutes raisons justifiant leur spécificité. Aussi le président du Conseil d'État s'est-il efforcé de légitimer autrement la compétence administrative. André MOREL ne paraît pas avoir discerné ce motif que nous imputons à Édouard LAFERRIÈRE. Il le cite d'ailleurs à l'appui de sa démonstration, alors qu'il engage pourtant une approche différente de la sienne, en reconnaissant au Conseil d'État un office qui n'est pas purement juridictionnel et dans lequel perce cet adage du premier XIX^e siècle emprunté à HENRION DE PANSEY : « *Juger l'administration, c'est encore administrer* ». Voilà ce dont rend compte André MOREL dans une démonstration atypique en considération de la littérature administrative de son époque : attachés au fonctionnement des services publics, les marchés de fournitures tirent leur singularité non pas d'une « nature » qui leur fût propre, mais de ce qu'ils sont un acte d'administration. En voici la définition qu'il propose :

Le marché de fournitures est l'acte administratif bilatéral de nature consensuel par lequel l'État ou les autres personnalités publiques se procurent près de l'activité privée les prestations nécessaires au fonctionnement des services publics, et dont le contentieux, pour ce dernier motif, appartient à la compétence de la juridiction administrative²¹⁷.

En définitive, la doctrine d'André MOREL se rapproche peut-être de celle de Gaston JÈZE – ou plutôt est-ce l'inverse au regard de la chronologie –, mais là où le second insiste essentiellement sur la collaboration aux services publics, le premier met en exergue – comme nul autre pareil – ce rôle si original du Conseil d'État qui s'érige en juge-administrateur. Par ailleurs, il faut ajouter que s'il publia un ouvrage dans lequel il aborde de front cette question, il ne fut pas le seul à considérer que le Conseil d'État se prononce aussi – et surtout – comme haut-administrateur. Quelques autres le reconnurent, peut-être en y accordant moins d'importance, en considérant les circonstances exceptionnelles liées à la guerre, tel le professeur René JACQUELIN²¹⁸.

²¹⁷ *Id.*, p. 72-73.

²¹⁸ « *Ce qu'il faut retenir surtout, c'est que dans [les litiges relatifs à l'imprévision], le Conseil d'État au contentieux a fait acte de haute administrative bien plus qu'acte de juridiction. Il a statué comme aurait pu le faire le chef suprême de l'administration française, soucieux avant tout d'assurer au profit du public, par tous les moyens possibles, la continuité du service public, beaucoup plus qu'à statuer comme juridiction, respectueuse des droits respectifs du concédant et du concessionnaire* » (JACQUELIN René, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris

518. Des débats parlementaires arqués sur le pouvoir de révision du Conseil d'État en matière d'imprévision. – Les contempteurs de l'arrêt *Compagnie d'éclairage de Bordeaux* ne s'y sont pas trompés. En saisissant la Chambre des députés d'une proposition de loi, les députés Eugène DELAROUÉ & Maurice VIOLETTE mirent précisément en exergue le caractère exorbitant des pouvoirs que le Conseil d'État s'était attribué à cette occasion²¹⁹. En débattant de la proposition de loi du député Auguste FAILLIOT, ils s'insurgèrent précisément contre cette singularité réservée aux contrats passés pour l'exécution des services publics, qui substitue la modification du contrat à sa résiliation. Aussi réclamaient-ils qu'ils soient envisagés avec les contrats civils et commerciaux pour y être soumis au même régime – un régime qui n'envisageait que la résiliation. À rebours, le ministre des finances – Alexandre RIBOT – arguait en faveur la révision judiciaire :

Il est possible de renvoyer à la justice ce qui dépend de la justice ; mais vous abandonneriez les droits de la puissance publique, que vous devez réserver, en abandonnant à un tribunal, quel qu'il soit, le droit d'annuler un contrat qui intéresse la généralité des habitants, qui se réfère à l'exécution d'un service public²²⁰.

À quoi justement Maurice VIOLETTE opposa violemment la résiliation comme un moindre mal au regard de cette monstruosité par laquelle le juge se substituerait aux volontés des parties – office contrenature et tout à fait défavorable aux communes concédantes.

M. le ministre des finances nous dit : Comment vous, législateurs, pouvez-vous donner à un tribunal quelconque le droit de résilier tel marché de transport, de concession de gaz, *etc.* ? Comment pouvez-vous incliner à ce point les prérogatives de la puissance publique qu'un tribunal pourra dissoudre des contrats de cet ordre ?

Je réponds : c'est beaucoup moins grave que la situation actuelle telle que, actuellement, il y a en France une juridiction qui s'arroge le droit, quand un contrat ne lui paraît pas suffisamment favorable au concessionnaire, d'ordonner des garanties d'intérêt non prévues dans le contrat. (...)

pour le doctorat ès-sciences politiques (1922-1923), sur le thème : *Influence de la guerre sur le droit administratif français*], Paris, Les cours de droit, 1923, p. 334).

²¹⁹ Il s'agit d'une proposition de loi destinée à permettre aux communes concédantes qui auraient été condamnées à relever les prix accordés à leurs concessionnaires, de résoudre les contrats s'y rapportant (*Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 1064 ; annexe 2300, séance du 7 juillet 1916). Cette proposition fut enrichie de plusieurs rapports : ceux d'Eugène DELAROUÉ (30 janvier 1917, annexe n° 2938 ; 22 février 1917, annexe n° 3038 ; 12 juin 1917, annexe n° 399 ; 16 juillet 1917, annexe n° 3564), auxquels il faut ajouter un avis rendu par Henry LÉMERY, au nom de la commission de la législation civile et criminelle (30 mai 1917, annexe n° 3341). Elle fut adoptée par la Chambre des députés le 19 juillet 1917, sans soulever aucun débat. Transmise au Sénat le 27 juillet 1917 (annexe n° 273), une commission fut désignée sans rendre aucun rapport. Elle n'y fut jamais discutée.

²²⁰ *Annales de la Chambre des députés. Débats parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 1671 (séance du 28 juillet 1916).

[Le Conseil d'État] change le contrat, se substitue aux parties et le conditionne d'autre façon. Et ce n'est pas là un attentat au droit de la puissance publique ! C'est mille fois plus grave²²¹.

De même dans le rapport rendu par Eugène DELAROUÉ – au nom de la commission de l'administration générale, départementale et communale, pour la proposition de loi dont il fut l'auteur avec Maurice VIOLLETTE :

Si une loi nouvelle est nécessaire, c'est parce qu'en matière de contrat administratif, le conseil d'État vient de poser des principes dangereux et auxquels le législateur constitutionnel doit opposer les principes de la véritable justice et de la véritable équité²²².

Il insiste tout particulièrement sur la confusion des genres, lorsque le Conseil d'État en statuant au contentieux s'attache à faire prévaloir les nécessités attachées au service public, au lieu de faire strictement respecter les contrats passés pour leur fonctionnement – comme l'eût fait le juge judiciaire – sauf à lui permettre de les résilier. Ce faisant, il s'insurge contre le volontarisme du Conseil d'État qui se substitue aux communes dans l'appréhension des intérêts collectifs.

Le législateur peut-il laisser passer cet arrêt sans rappeler les principes du droit sur les contrats, dans tous les temps et dans tous les pays.

Les conventions sont l'œuvre de la volonté des contractants : seul, ils peuvent les modifier, le juge ne peut se substituer à leur volonté.

Les contractants doivent prévoir au moment de la convention, tout ce qu'il est à leur charge de prévoir. Je ne puis être responsable de ce que mon co-contractant a oublié de prévoir. Il n'y a pas deux espèces de prévisions ; celles qu'on doit et qu'on peut faire, et celles que le juge déclarera qu'on n'a pas dû ni pu faire.

Un service public ne doit pas être interrompu : le juge peut mettre ce principe à la base de ses jugements. Erreur : les administrateurs de la commune sont les maîtres de savoir si le service public, qu'ils ont organisé eux-mêmes, peut être interrompu ; eux seuls peuvent se réclamer de la continuité nécessaire du service public, mais non les débiteurs de ce service²²³.

À la suite d'un avis rendu au nom de la commission de législation civile et criminelle par Henry LÉMERÉY²²⁴, Eugène DELAROUÉ y insista dans un rapport supplémentaire. Selon celui-ci, le Conseil d'État saisi au contentieux se prononce en droit, si bien que l'avantage qu'il y a à s'assurer du fonctionnement continu des services publics est une considération qui doit lui rester étrangère ; elle appartient aux administrations en charge de ces services ; le Conseil d'État ne saurait l'appréhender sans cesser d'être juge, ni sans se faire administrateur.

²²¹ *Id.*, p. 1671-1672.

²²² *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1917, p. 70 (annexe n° 2939, séance du 30 janvier 1917).

²²³ *Id.*, p. 71.

²²⁴ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1917, p. 709 (annexe n° 3346, séance du 30 mai 1917).

Quant à cette théorie, que le conseil d'État doit assurer la continuité des services publics, nous pensons qu'elle ne peut, sans protestation de la part du législateur, remplacer la théorie incontestable de notre droit public, que les administrateurs communaux sont chargés de régler cette question sous le contrôle du pouvoir exécutif²²⁵.

- 519.** La faculté que le Conseil d'État s'est reconnue de modifier les contrats de concession a choqué plus d'un parlementaire parce qu'elle était ostensiblement désavantageuse pour les communes concédantes. Parmi d'autres illustrations, un député – Ernest LAFONT – le souligna en suggérant d'introduire la possibilité d'une modification équitable des contrats de concessions, en substitution de « *la modification arbitraire et scandaleuse du conseil d'État* »²²⁶. Cette faculté était encore plus baroque parce qu'elle heurtait la conception donnée aux contrats. Les débats concomitants sur la proposition de loi d'Auguste FAILLIOT ne pouvaient qu'exacerber cette disparité fondée sur une considération d'opportunité. En effet, celui-ci déposa dès 1915 une première proposition de loi où il y suggérait – conformément aux vœux exprimés par la Fédération des industriels et des commerçants français – de confier aux juridictions judiciaires des pouvoirs de résiliation et de révision²²⁷. Plusieurs consultations ayant été provoquées, le comité de législation commerciale du ministère du commerce (au rapport de LYON-CAEN), le comité consultatif de législation civile du ministère de la justice, et la commission de la législation civile et criminelle de la Chambre des députés s'accordèrent pour soustraire de cette proposition de loi la faculté pour le juge judiciaire de réviser les contrats. C'est dire que l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* du Conseil d'État souleva un contraste saisissant avec un faisceau d'opinions – individuelles ou institutionnelles – qui avait fermement réitéré la condamnation adressée au juge de s'immiscer dans les relations des parties contre leurs volontés. Ainsi le comité de législation commerciale du ministère du commerce estima-t-il (avec l'appui en marge du ministre du commerce) :

Il est particulièrement exorbitant de conférer à une juridiction quelconque le pouvoir de réviser des contrats, c'est-à-dire de les refaire et de se substituer ainsi aux parties sans le consentement desquels il ne saurait y avoir de contrats²²⁸.

De même – le comité consultatif de législation civile au ministère de la justice :

²²⁵ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1917, p. 827 (annexe n° 3399, séance du 12 juin 1917).

²²⁶ *Annales de la Chambre des députés. Débats parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 1673 (séance du 28 juillet 1916).

²²⁷ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1915, p. 934 (annexe n° 1215, séance du 12 août 1915).

²²⁸ Avis rendu par le comité de législation commerciale du ministère du commerce sur la proposition de loi déposée par Auguste FAILLIOT devant la Chambre des députés, le 12 août 1915 (reproduit en annexe (3) du rapport de FAILLIOT), in *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 566 ; annexe n° 1971, séance du 28 mars 1916).

Le comité consultatif ne croit pas qu'il soit possible de faire fléchir le principe élémentaire et fondamental du droit, que les contrats sont l'œuvre des parties et non celle du juge. (...) La révision ne peut être autre chose qu'un accord amiable des parties intéressées²²⁹.

Rapporteur d'un avis rendu par la commission de législation civile et criminelle, le député Henry LÉMERY exprime au nom de celle-ci la même opinion. Si à son estime, il entrevoit la possibilité d'une révision judiciaire, ce n'est toujours qu'en admettant une ratification par les parties.

Nous pensons qu'on aurait pu permettre la révision du contrat comme on permet la suspension de son exécution, car suspendre l'exécution d'un contrat c'est le réviser partiellement et l'argumentation du Comité consultatif de législation du Ministère de la Justice vaudrait tout autant contre l'une de ces facultés que contre l'autre. (...)

Nous n'aurions pas fait, pour notre part, d'objection à un texte qui en faisant intervenir le juge pour fixer les bases d'une révision ferait jouer ensuite l'adhésion des parties pour donner à l'opération juridique ainsi intervenue le caractère d'un véritable contrat²³⁰.

C'est pour aider à son adoption qu'Auguste FAILLIOT substitua à sa première proposition de loi, une seconde d'où il retira au juge cette faculté pour ne plus lui laisser que celle de suspendre l'exécution des contrats ou bien de les résilier²³¹. Cette réécriture opérée en amont, motivée par le souci de proposer un compromis qui se concilie la majorité des parlementaires, signale parfaitement l'opinion commune, irrésistiblement hostile à l'intervention du juge dans la vie des contrats. En fait, la théorie de l'imprévision est une hérésie à un double point de vue. Au premier – qui s'attache essentiellement à la doctrine privatiste –, le fait que les contrats ne soient pas sanctionnés par une force obligatoire inaltérable ; au second – bien plus étendu par l'adhésion qu'il rencontre –, le fait que le juge puisse ne pas se cantonner à dire le Droit. On comprend, dès lors, la nécessité qu'il y a de ne pas circonscrire notre examen à la doctrine administrative, car c'est surtout parmi la doctrine civiliste – et ses atours – que les réactions furent les plus furieuses. C'est en son sein que se fit sentir avec le plus d'acuité les caractères révolutionnaires de cette théorie.

520. La théorie de l'imprévision assimilée au travers des théories institutionnalistes : la formalisation des contrats de collaboration. – Maurice HAURIOU incarna une appréhension des choses différente de celle de ses contemporains. Il ne conçoit pas à proprement parler les contrats passés pour le

²²⁹ Avis rendu par le comité consultatif de législation civile au ministère de la justice sur la proposition de loi déposée par Auguste FAILLIOT devant la Chambre des députés, le 12 août 1915 (reproduit en annexe (4) du rapport de FAILLIOT), *id.*, p. 568.

²³⁰ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 896 (annexe n° 2215, séance du 14 juin 1916).

²³¹ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 320 (annexe n° 1834, séance du 22 février 1916).

fonctionnement des services publics comme des contrats auxquels fût soumis un régime juridique spécifique – au sens où l'admet Gaston JÈZE. Il ne les conçoit pas non plus comme des actes administratifs distincts des contrats pour lesquels la censure du Conseil d'État fût d'ordre juridictionnel autant qu'administratif. Peut-être n'est-il pas très éloigné de l'acception donnée par André MOREL aux marchés de fournitures lorsqu'il note le renforcement des pouvoirs du juge administratif à l'occasion de sa théorie de l'imprévision. En effet, il employa cette dernière pour expliciter par quoi le Conseil d'État s'attribua un pouvoir prétorien formulant des directives ou des standards.

La directive du Conseil d'État n'est pas douteuse ; il s'est trouvé en présence de contrats dominés par des institutions dont il était d'intérêt public de ne pas interrompre le fonctionnement ; ces institutions étaient soit des services publics d'éclairage, soit des services de transport. Il a imposé, d'une part, au concessionnaire l'obligation de continuer son service, d'autre part, à l'administration concédante, l'obligation d'indemniser le concessionnaire pour les pertes dépassant les prévisions contractuelles avec, cependant, une certaine répartition de la perte entre les deux contractants. Il a, d'ailleurs, agi avec un véritable pouvoir discrétionnaire, délivrant au conseil de préfecture, devant lequel il renvoyait les parties, une véritable formule pour lui tracer la marche à suivre, formule qui, au moyen d'un standard, évoque tous les éléments d'indemnité à faire entrer en ligne de compte, invitant les parties à faire un nouveau contrat, *etc.*²³²

La théorie de l'imprévision est employée à illustrer une prise constructive de la jurisprudence sur le Droit. Maurice HAURIOU la situe d'ailleurs sur le même plan que les théories civilistes de l'enrichissement sans cause et de l'abus de droit, toutes appréhendées comme des « *principes d'équité* » participant aux « *principes constitutionnels du commerce juridique* », lesquels « *visent deux conditions essentielles, savoir : l'équivalence des prestations et l'usage normal des droits* »²³³. Ces analyses se retrouvent dans sa note d'arrêt publiée au sujet de l'arrêt *DEPLANQUE* (1907) : « *Le juge administratif met la main sur l'opération de concession qui, jusqu'ici, était restée sous l'emprise immédiat de l'administration active* »²³⁴. Il eut d'ailleurs l'occasion d'y insister à propos de la théorie de l'imprévision : « *Le Conseil d'État tient de plus en plus la main à ce que [le contrat de concession] s'exécute pendant toute sa durée* »²³⁵, ajoutant que cette intrusion dans les volontés des parties se fait autant ressentir pour le concessionnaire que par le concédant. Cela étant dit, le volontarisme du Conseil d'État qui vient s'immiscer jusqu'au cœur du contrat n'est mis en exergue qu'afin de dégager la configuration

²³² HAURIOU Maurice, « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'AL SANHOURY : *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise* et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », in *R.T.D. civ.* 1926, p. 290.

²³³ *Id.*, p. 309.

²³⁴ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *DEPLANQUE c. Ville de Nouzon* (C.E., 31 mai 1907) [1907], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), t. 3, p. 450.

²³⁵ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Société du gaz et de l'électricité de Nice c. Ville de Nice* (C.E., 27 juin 1919) [1920], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 646.

institutionnelle à laquelle se prête la concession de service public. Son commentaire de l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* lui sert à démontrer la pertinence de sa théorie de l'institution en y rapportant la jurisprudence administrative.

Dans cette théorie administrative du contrat d'entreprise, tout s'enchaîne ; le contrat est dominé par l'entreprise des services publics administratifs et la limitation des risques provient des mœurs administratives, lesquelles sont façonnées par les exigences du fonctionnement des services. Au demeurant, il y a un gros organisme objectif qui fonctionne, et devant lequel se minimise l'effet des volontés subjectives, comme s'atténuent les responsabilités subjectives ; la loi du contrat fléchit sous le même poids que le risque contractuel ; tout le contrat administratif est comme écrasé par l'importance de son objet ; le contrat a essayé d'embrasser dans ses clauses une institution vivante ; mais la tâche est au-dessus de ses forces, et l'institution déborde de tous les côtés²³⁶.

521. En définitive, le rôle intrusif du Conseil d'État qui « *ne consultera pas l'intérêt passager des contractants, mais l'intérêt permanent du service* »²³⁷, le cas échéant en se substituant aux décisions prises par l'administration, l'aide à caractériser cette solidarité d'intérêts que détermine l'institution – matérialisée par ces contrats à longue durée. En incitant à abandonner une compréhension strictement littérale des contrats, l'imprévision désigne comme en creux les linéaments des institutions sociales dont Maurice HAURIOU s'efforce de caractériser l'existence en droit public comme en droit privé. Dès lors il se distingue de ces administrativistes et ces civilistes qui, pour des motifs propres, ont présenté la théorie de l'imprévision comme une théorie spéciale au droit administratif. Celui-là au contraire, l'emploie à la reconstitution d'une unité du Droit *via* la théorie de l'institution.

Ce qui justifie la théorie de l'imprévision dans les relations du droit administratif doit la justifier aussi dans celles du droit privé. Cela seul et rien d'autre, car il y a unité des principes du droit.

Il y aura place pour l'imprévision en droit privé s'il existe des contrats privés qui soient dominés par des institutions sociales privées, au même degré que les contrats relatifs au service public (...) sont dominés par l'institution sociale du service public²³⁸.

Il n'est pas question d'aborder à fond une théorie si riche qui ce faisant nous détournerait de notre propos. Cependant, elle fut le berceau d'une réflexion à laquelle la théorie de l'imprévision fut captée et, par elle, tous les contrats à exécutions successives et liés aux services publics.

Mais pour que l'institution du service public domine le contrat, il n'est pas nécessaire qu'elle soit incorporée au contrat lui-même comme elle l'est

²³⁶ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux* (C.E., 30 mars 1916) [1916], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 607.

²³⁷ *Id.*, p. 604.

²³⁸ HAURIOU Maurice, « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales » [1926], in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933, p. 138. Cet article fut tout d'abord publié dans la *Revista de Derecho Privado* avant d'être traduit en français dans l'ouvrage précité.

dans les concessions de service public ; il suffit qu'elle soit le but final du contrat. (...)

L'ombre dominatrice du service public, but final [des] marchés [de travaux publics et de fournitures], s'est également étendue à eux²³⁹.

C'est souvent par son biais que Maurice HAURIOU – et plus souvent encore ses épigones – a tendu à asseoir l'institution en travers de la *summa divisio*. Le publiciste Georges RENARD²⁴⁰, professeur à la faculté de Nancy, œuvre lui aussi en ce sens²⁴¹ :

La notion juridique de collaboration, qui est le pivot de la conception *institutionnelle* du droit, est opposée à la conception *volontariste, individualiste, égalitaire et inorganique* ; elle en est l'antithèse. (...)

[La] notion de contrat [attaché à l'individualisme] est restreinte aux deux types extrêmes du *contrat de spéculation*, où chaque partie poursuit son intérêt individuel sans se soucier de l'intérêt de son cocontractant, et du *contrat de bienfaisance*, où l'une des parties poursuit uniquement l'intérêt de l'autre. Elle ignore le *contrat de collaboration*, qui implique l'introduction dans le droit contractuel, d'une *cause* transcendante aux parties et l'adoption correspondante d'une toute nouvelle *théorie des risques* diamétralement opposée à celle du Code civil : celle qu'en droit administratif on appelle la *théorie de l'imprévision* ; celle qu'en droit civil même de judicieux esprits se sont ingéniés à faire admettre par des subterfuges tels que par la clause « payable en or ». La conception volontariste du droit répugne à l'imprévision et à ses truchements, parce qu'elle répugne à la collaboration²⁴².

La théorie de l'imprévision est employée à dénoncer une *summa divisio* rigide par où l'autorité de l'administration s'imposerait en droit administratif, et la liberté de l'individu en droit privé. En matérialisant l'idée de collaboration, de compénétration d'intérêts, elle atténue ce clivage réducteur entre, d'un côté, la *sujétion* à laquelle recourt l'administration et, d'un autre côté, la *spéculation* à laquelle se livre l'individu : « La notion de collaboration des administrés traduit l'irréalité d'une séparation brutale entre la vie administrative et la vie privée, ainsi qu'entre les deux systèmes qui les gouvernent l'un et l'autre »²⁴³. L'enjeu d'une telle doctrine ne travaille pas à abattre la distinction entre droit public et droit privé, mais plutôt à présenter l'échelonnement de ces droits à l'intersection desquels la collaboration tînt la fonction de charnière.

²³⁹ *Id.*, p. 135.

²⁴⁰ Au sujet de Georges RENARD (1876-1943), voir la notice biographique que lui consacre le professeur BIGOT dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015). Après deux échecs consécutifs à l'agrégation (1901-1902), il n'est reçu qu'après la Grande Guerre (1920). Il est professeur à la faculté de Nancy jusqu'à sa retraite anticipée. Suite au décès de sa femme, il quitte la carrière universitaire pour rentrer dans les ordres (1932). M. CAVALIN a publié dans le *Dictionnaire biographique des frères prêcheurs* une notice biographique que nous recommandons (disponible sur Internet) : <http://dominicains.revues.org/1995>.

²⁴¹ Georges RENARD a publié trois ouvrages importants sur la théorie de l'institution : *Les théories de l'institution. Essai d'ontologie juridique* (1930) ; *L'institution. Fondement d'une rénovation de l'ordre social* (1933) ; et *La philosophie de l'institution* (1939). Cf. en outre la thèse d'André DESQUEYRAT : *L'institution, le droit objectif et la technique positive* (1933).

²⁴² RENARD Georges, « Préface », in GÉNY Bernard, *La collaboration des particuliers à l'administration* [issu de sa thèse de doctorat], Paris, Sirey, 1930, p. xiv.

²⁴³ RENARD Georges, « La collaboration des administrés », in R.G.D. 1930, p. 289 (article également publié dans la *Revue internationale des sciences administratives* ; 1932, p. 291).

La notion de collaboration tend à briser l'uniformité de l'ordonnancement juridique, et spécialement du régime administratif, et à lui substituer la représentation d'une *multitude de milieux juridiques aménagés chacun suivant ses convenances propres et simplement coordonnées dans le réseau très souple d'un droit commun* aux cadres indéfiniment ouverts à de nouvelles spécifications²⁴⁴.

Dans ce panorama doctrinal placé sous l'égide de l'institution, « *contrats* », « *adhésion* » (à un régime administratif), et « *actions parallèles* » (des individus qui agissent en concurrence avec l'administration), sont désignés comme trois modes complémentaires grâce auxquels les individus participent à l'action administrative – trois modes répondant respectivement à la liberté, la collaboration et l'autorité.

522. La théorie de l'imprévision valorisée d'après deux perspectives différentes : la technique juridique et la philosophie de l'institution. – Sans nous étendre davantage, il s'agit de souligner les propos auxquels ces administrativistes articulèrent la théorie de l'imprévision, ainsi que la manière dont elle leur permit d'informer les contrats s'y rapportant. La démarche des institutionnalistes est beaucoup plus ample que celle de Gaston JÈZE par exemple, ou plutôt devrait-on dire qu'elle s'oriente dans une perspective tout à fait différente. Ce dernier l'emploie à caractériser la subordination à laquelle le contractant est soumis lorsqu'il collabore aux services publics. Suivant les partisans de la doctrine de l'institution, l'imprévision donne à voir un mode de collaboration qui n'est pas tant – ou pas seulement – rapporté à une technique juridique de l'action administrative, qu'à une critique réformatrice de la démocratie²⁴⁵ autour de laquelle se décline une triple décentralisation : par régions, par services et par collaboration²⁴⁶. En ce sens, les ferments anti-individualistes contenus dans la théorie de l'imprévision et l'irréductibilité du contrat administratif par rapport au droit commun des contrats, n'ont pas été fixés à une théorie contractuelle qui en les expliquant en eût contenu la portée, comme s'il n'y eût qu'une différence de genre avec les contrats de droit privé. Celle de Gaston JÈZE est

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Cf. par exemple : RENARD Georges, *Notions très sommaires du droit public français*, Paris, Tenin, 1920, p. 19 *sq.* Dans un article, le même auteur explicite pleinement cette thèse : « *La démocratie est d'autant plus approchée que les gouvernés participent davantage au gouvernement et les administrés à l'administration. Accroissement, non pas illimité, mais simplement proportionnel du poids des services publics ; association croissante des forces de la vie privée à l'organisation du pouvoir politique : ces deux principes renferment l'essence des revendications que la démocratie peut émettre aujourd'hui dans l'ordre constitutionnel et administratif ; leur conjugaison revêt sa forme technique dans un certain nombre de procédés, qui se ramènent à ce décongestionnement administratif et financier qu'a popularisé le mot décentralisation, et dont la signification pratique est beaucoup plus nuancée qu'on ne se le figure parfois* » (« La démocratie et l'État », in *La nouvelle journée* 1921, IV, p. 173).

²⁴⁶ RENARD Georges, « La collaboration des administrés », in *R.G.D.* 1930, p. 290. C'est à cette aune que doit être lue la thèse de Bernard GÉNY, soutenue à la faculté de Nancy : *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels* (1930), publiée la même année sous le titre : *La collaboration des particuliers avec l'administration* (précitée). Dans le cœur de cet ouvrage, son auteur situe la théorie des contrats administratifs sans toutefois la développer, puisqu'il renvoie aux travaux de Gaston JÈZE (*id.*, p. 14 *sq.* et 190 *sq.*). Cela signifie bien qu'il n'y a pas tant une opposition de vues sur les contrats de l'administration, mais plutôt une mise en perspective différente.

empreinte de cette technique juridique qui selon Georges RENARD réduit le Droit « à la construction d'un appareil de définitions, de classifications, de méthodes d'interprétation, de formules stéréotypées, où vient se couler ma matière de la vie sociale, où elle prend corps et se solidifie, pour recevoir, à la suite de cette manipulation, la sanction de l'autorité publique »²⁴⁷. Impliquée dans une démarche bien différente, l'appréhension institutionnelle des contrats administratifs étiole les conceptions classiques du droit privé et du droit public sans cesser de leur reconnaître une pertinence. Elle abstrait le caractère de ces contrats pour réorganiser les oppositions classiques et souligner les déclinaisons qui de l'un vers l'autre droit, graduent une vie juridique pensée par la compénétration des intérêts plutôt que par leurs antagonismes²⁴⁸. Pour illustrer cette interprétation, nous y rapprochons une des conclusions offertes par Bernard GÉNY – lequel fut proche des idées de Maurice HAURIOU et de Georges RENARD (son oncle par alliance).

Toutes les hypothèses de collaboration organisées se rattachent, à notre sens, à la théorie institutionnelle, qui, présentant les activités sociales, aussi bien publiques que privées, comme ordonnées les unes par rapport aux autres, en vue d'une fin convergente, accepte, comme des possibilités toutes naturelles, la substitution de l'une par l'autre, leur compénétration mutuelle ou la concurrence de leur exercice parallèle. Dès lors que l'ordre de la société humaine ne résulte pas d'un équilibre mécanique réalisé entre l'État, agissant de son côté, et l'individu agissant aussi isolément, mais d'une conjugaison permanente de leurs efforts, rien n'est moins étonnant que l'application de diverses formules, destinées à combiner leurs initiatives, et à les agencer selon le plan d'une organisation transcendante et idéale. La collaboration devient ainsi la règle. L'antagonisme apparent n'est qu'un concept commode, pour opposer deux réalités sociales d'inégale grandeur, disposant de moyens d'action différents, mais vouées, si l'on ose dire, à une même cause, associées à une œuvre commune²⁴⁹.

En somme, Gaston JÈZE situe la théorie de l'imprévision comme une singularité publiciste de la théorie des contrats ; une singularité qualifiante autour de laquelle les contrats administratifs trouvent à se démarquer des contrats du droit privé. Elle n'est pertinente qu'autant qu'elle permet de mesurer l'écart auquel elle procède avec le droit privé. Les institutionnalistes l'attirent à un propos plus large qui décentre la théorie contractuelle pour l'articuler à une représentation du Droit qui se traduit dans la recherche d'équilibres alternatifs à ceux d'une *summa divisio* absolue – et au premier rang desquels participe l'idée de collaboration. Pour le dire autrement, Gaston JÈZE

²⁴⁷ RENARD Georges, « La démocratie et l'État », in *La nouvelle journée* 1921, IV, p. 164. Nous rapprochons de cet article d'autres du même auteur, assez méconnus et qui argumentent une critique vis-à-vis de la technique juridique en droit public : « Sur quelques orientations modernes de la science du droit » (in *Revue des jeunes* 1922, n° 7, p. 157) ; « Abstraction et réalités dans l'élaboration du droit public » (in *La nouvelle journée* 1922, VI, p. 3) ; « Autour des idées de M. DUGUIT. Des sciences physiques aux sciences morales » (in *La nouvelle journée* 1923, VII, p. 14).

²⁴⁸ C'est d'ailleurs le sens de la rédaction complémentaire de deux articles, l'un par André HAURIOU, l'autre par Georges RENARD : « L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé » & « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé » (in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, op. cit. (1934), t. 3, p. 77 et 92).

²⁴⁹ GÉNY Bernard, *La collaboration des particuliers à l'administration*, op. cit. (1930), p. 281.

mobilise la théorie des contrats administratifs pour fixer la théorie de l'imprévision en lui assignant une valeur opérationnelle toute désignée, consistant à fonder l'autonomie de ces contrats. Les contrats administratifs déterminent la portée de cette théorie, autant qu'ils la réduisent à des proportions bornées. Les institutionnalistes comme Georges RENARD s'évertuent à employer la théorie de l'imprévision pour valider l'hypothèse institutionnelle, en y découvrant les linéaments d'une représentation du Droit critique de la *summa divisio*, qui viennent s'appuyer à d'autres pour dégager les contours de l'institution. La théorie de l'imprévision permet d'esquisser la théorie de l'institution à la fondation de laquelle elle participe.

- 523.** Les théories institutionnelles auxquelles ont largement contribué HAURIOU et RENARD, ont promu une représentation du Droit qui au lieu d'être clivée entre deux termes antagonistes, appréhende l'individu suivant la manière dont le social lui permet de se déterminer. Il ne cesse jamais d'être un sujet actif d'après des modalités différentes suivant les institutions auxquelles il s'agrège. En un sens leur appréhension des contrats administratifs n'est pas très éloignée de la théorie formalisée par Gaston JÈZE dans les premières années de la décennie 1920. Elle présente de nombreuses similarités et souvent ces auteurs s'y réfèrent. Cela étant dit, cette proximité tendancielle ne doit pas nous dissimuler les divergences épistémologiques. Très attaché au caractère irréductible de la *summa divisio*, celui-là rapporte tout aux services publics dont il fait la pierre angulaire du droit administratif. Sa théorie des contrats administratifs en porte les stigmates. Stimulé par la théorie de l'imprévision qui l'aide à la formaliser au début des années 1920, il l'agrège à sa doctrine comme une théorie spéciale tendant à faire collaborer les particuliers aux services publics. D'ailleurs, son assimilation dans ses *Principes généraux du droit administratif* se matérialise par un long appendice de trois tomes qui s'ajoute aux trois préexistants. La théorie des contrats administratifs s'y présente comme un apport tardif, intégré à un plan général dont le canevas, déjà défini, n'a pas été remodelé pour la cause. À l'inverse, les contrats administratifs ont été l'occasion pour les partisans de la théorie de l'institution d'amplifier une réflexion déjà mûrie. La théorie de l'imprévision n'y fut pas un élément perturbateur qu'ils se sont efforcés de maîtriser en y adaptant une théorie particulière. Elle porta au contraire les termes nouveaux d'une collaboration déclinée suivant plusieurs modes – chose qui en soi n'est pas sans faire écho avec la théorie de la gestion administrative développée en 1899. À cet égard, nous sommes tenté de rapprocher de cette interprétation, les conclusions des professeurs JAMIN et VERKINDT selon qui les civilistes surent élaborer un style néo-classique pour renouveler le droit civil autour de ses fondements individualistes, ceci pour conjurer les effets subversifs de la question sociale. C'est-à-dire en assimilant certains de ses aspects pour mieux se les

approprié ; et en excentrant le droit social pour mieux s'en défendre²⁵⁰. S'agissant du droit administratif, nous discernons une entreprise analogue sous la plume de Gaston JÈZE dont l'analyse des contrats administratifs neutralise parfaitement les virtualités doctrinales sous-jacentes aux innovations jurisprudentielles. Rapprochant contrat et service public dans une correspondance exclusive de toute alternative, il enferme ces virtualités dans un étau que la technique juridique aseptise. L'articulation de la théorie des contrats administratifs à la théorie des services publics commande l'emploi d'une technique contractuelle dont Gaston JÈZE dut précisément justifier son autonomie vis-à-vis du droit privé, parce qu'il la lui emprunta. Ce faisant il s'essaya à assimiler les bouleversements jurisprudentiels des années 1920 en en rendant compte au travers d'une association entre contrat et service public – celui-là s'ajustant à celui-ci. Bien sûr, il ne conçut pas le contrat comme les civilistes ; il le soumit à une analyse propre qui lui permit de le rapprocher des autres actes juridiques du droit administratif. Il l'intégra au droit administratif afin qu'il ne pût l'affecter de l'extérieur par une irradiation dissolvante ; il l'accultura pour qu'en son sein il ne produisît aucune dissonance. D'un côté, les privatistes usèrent – dans les années 1930 – du droit public pour épurer la doctrine de l'autonomie de la volonté de toutes les mutations qui lui furent hétérogènes. De même peu avant, Gaston JÈZE – et quelques autres sur lesquels nous reviendrons – usa du contrat comme d'un concept importé du droit privé, publicisé pour la cause en lui ôtant ce qu'il avait d'irréductible au droit administratif : cela pour organiser certaines innovations jurisprudentielles et les mettre en harmonie avec une théorie des services publics.

- 524. Définir le contrat administratif et faire voir les évolutions de la concession : Deux applications différentes de l'imprévision.** – Cette différence de perspectives par laquelle Gaston JÈZE étreint les évolutions jurisprudentielles par le biais d'une technique juridique pétrifiante, tandis que Maurice HAURIOU s'efforce d'en souligner les répercussions sur le dynamisme des concepts, est particulièrement patente à propos de la théorie de l'imprévision. Longtemps après avoir assimilé la théorie de l'imprévision, Gaston JÈZE présente toujours la concession de service public comme un contrat au sens technique. À l'inverse, Maurice HAURIOU s'efforce de marquer les déformations qu'empporte cette théorie sur l'idée même de concession. En portant son attention sur la socialisation des risques encourus par le concessionnaire, l'affermissement de l'idée d'association lui fit écrire : « *Le type de concession vers lequel on s'achemine est celui de la régie intéressée, qui est une sorte de métayage, où les bénéfices sont partagés, mais aussi les risques* »²⁵¹. En prévenant les critiques de ceux qui ont craint une

²⁵⁰ JAMIN Christophe & VERKINDT Pierre-Yves, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX^e siècle », in KASIRER Nicholas (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 103.

²⁵¹ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c. Ville de Bordeaux* (C.E., 30

dénaturation du modèle économique de la concession²⁵², il avançait :

Le système de la concession de services publics (...) est déjà mort ou bien malade. (...) C'est que le système de la concession avait surtout pour but d'éviter aux villes les aléas économiques des services industriels. Mais les aléas se sont fort atténués à mesure que les procédés industriels se fixaient, et à mesure aussi que les installations se complétaient et se perfectionnaient. Les circonstances ont changé ; les villes se trouvent maintenant en présence d'entreprises toutes montées dont le rendement est connu, elles ont plus d'avantage à participer aux bénéfices qu'elles n'en n'avaient autrefois à décliner les risques industriels. (...) Un concessionnaire traité comme un associé, pour lequel on est arrivé à envisager un bénéfice normal et un risque normal, ce n'est déjà plus en réalité qu'un régisseur intéressé²⁵³.

Plusieurs études doctorales ont été entreprises au sujet de la concession de service public, moins pour circonscrire sa nature et son régime juridiques²⁵⁴, que pour apprécier son efficacité économique. D'aucuns se firent critiques vis-à-vis de la théorie de l'imprévision en regrettant que le Conseil d'État tînt compte des bouleversements qui s'étant introduits dans l'économie des concessions de service public²⁵⁵. L'oblitération de ses caractères spécifiques – la rapprochant un peu plus de la régie intéressée ou de la gestion directe – invita à confronter ces différents modes de gestion dont la distinction posait difficulté²⁵⁶ ; lorsque d'autres, au contraire, analysèrent ces évolutions comme une preuve du dynamisme de ce concept – apte à épouser les exigences évolutives de l'intérêt général²⁵⁷. Il fut presque convenu de poser la question de la « crise de la concession ». Dans les années précédant la Grande Guerre, ce thème renvoyait à la mutabilité du cadre réglementaire de la concession²⁵⁸. Dans les années qui la suivirent, il désigna plutôt cette mutation sous-jacente à l'imprévision, par quoi le concessionnaire fut moins un entrepreneur assumant à ses risques et périls une activité spéculative, qu'un partenaire de l'administration assumant la gestion d'un service public en partageant le risque économique.

mars 1916) [1916], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 607.

²⁵² En ce sens, voir par exemple cet article de Léon de LA TASTE : « La crise économique et les services publics concédés. La jurisprudence du Conseil d'État » (in *Revue des concessions* 1920, p. 5), également publié dans la *Revue politique et parlementaire* (1920, CV, p. 484).

²⁵³ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie des messageries maritimes c. Ministre de la marine* (C.E., 3 août 1917) [1917], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, op. cit., t. 3 (1929), p. 622-623.

²⁵⁴ Cf. les thèses de RIEU (*De la nature juridique des concessions de travaux publics*, 1923) et REDEUILH (*Nature juridique de la concession de service public*, 1925).

²⁵⁵ Cf. la thèse de JACQUEMARD (*La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, 1928).

²⁵⁶ Cf. la thèse de CHAMPETIER DE RIBES (*Régimes comparés de la concession, de la régie intéressée et de la régie directe pour l'exploitation des transports en commun de la région parisienne*, 1923).

²⁵⁷ Cf. les thèses de BIBIÉ (*Situation juridique des voies ferrées d'intérêt général concédées*, 1919), JANSSE (*L'évolution de la notion de concession en matière de chemins de fer*, 1924) et BLONDEAU (*La concession de service public. Étude d'histoire du droit administratif*, 1929).

²⁵⁸ Cf. MONSARRAT Gaston, « La crise du contrat de concession », in *R.G.A.* 1914, III, p. 27.

525. En confrontant ces administrativistes à Gaston JÈZE, l'on voit facilement à quel point la perspective engagée est différente : celui-ci se bornant à déterminer la nature juridique de la concession²⁵⁹, ceux-là s'évertuant à rendre compte des mutations qui en ont subverti la conception classique.

La concession de Service Public sous sa forme la plus récente, comportant pour l'Administration les pouvoirs de contrôle et de réglementation les plus étendus, pour le concessionnaire la garantie financière des risques de l'entreprise, se distingue à peine de l'exploitation en Régie intéressée²⁶⁰.

Plus loin Philippe COMTE conclut son étude :

La concession de Service Public, dans son organisation intérieure comme dans ses rapports avec le public, est beaucoup moins une entreprise industrielle privée qu'un rouage de l'Administration. L'ancienne conception qui prétendait enfermer les rapports du concessionnaire et de l'autorité concédante dans le cadre d'un contrat ne répond plus aux conditions actuelles de la vie administrative. Sous sa forme moderne, la concession de Service Public se trouve intégrée dans l'institution administrative²⁶¹.

Certes, pour avoir peu disserté sur ces questions, Gaston JÈZE n'a pas moins eu conscience de leur existence. C'est davantage dans ses notes d'arrêts qu'il traite de cet aspect des choses – non sans une verve critique, sinon circonspecte.

La théorie de l'imprévision peut bien servir à résoudre une difficulté passagère. Elle ne peut pas servir à établir un régime durable. Or, encore une fois, la période de crise économique va durer très longtemps. La théorie de l'imprévision aboutira à transformer les concessions *aléatoires* de service public en *régies intéressées*, dans lesquelles les aléas qui devaient être à la charge du concessionnaire seront réduits à zéro. La théorie de l'imprévision ne peut pas aboutir à consacrer, *d'une manière durable*, un régime de régie intéressée. Ce régime, les parties, en contractant, l'ont très nettement écarté. La théorie de l'imprévision qui repose, en définitive, sur l'intention présumée des parties, ne peut pas avoir pour conséquence *durable* d'établir un régime nettement repoussé par les parties contractantes²⁶².

Il y insiste encore pour indiquer que les fournisseurs, les entrepreneurs ou les concessionnaires sont davantage des industriels qui mettent leurs capitaux au service de l'administration, tandis que les régisseurs – dont les faits les distinguent parfois si peu des premiers – mettent à sa disposition des compétences personnelles (techniques et gestionnaires).

C'est ce qui différencie essentiellement le *fournisseur* du *régisseur*. Dans le marché de fournitures, le fournisseur est, *économiquement*, l'entrepreneur, c'est-à-dire celui qui court les risques. Dans l'*exécution en régie*, l'entrepreneur est

²⁵⁹ Cf. JÈZE Gaston, « La concession de service public », in R.D.P. 1925, p. 530.

²⁶⁰ COMTE Philippe, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public : un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, Paris, Recueil Sirey, 1934 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par MESTRE, professeur de droit administratif), p. 134.

²⁶¹ *Id.*, p. 184.

²⁶² JÈZE Gaston, Note sous les arrêts *Société du gaz et de l'électricité de Nice c. Ville de Nice* (C.E., 27 juin 1919) & *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage c. Ville de Tarbes* (C.E., 5 juillet 1919), in R.D.P. 1919, p. 79-80.

l'administration : c'est elle qui court les *risques* ; elle charge des ouvriers ou un individu, le *régisseur*, de faire exécuter la fourniture *aux risques de l'administration*. Le régisseur peut être un *fonctionnaire*, sans autre rémunération que son traitement : c'est la *régie simple* ; ce peut être un individu non fonctionnaire, rémunéré par un tantième sur la dépense ou par telle autre combinaison financière. La caractéristique est qu'il n'assume aucun risque. Les risques sont entièrement *à la charge de l'administration* : celle-ci est l'*entrepreneur*, au sens économique du terme²⁶³.

Cependant, cette analyse demeure comme en marge de sa théorie des contrats administratifs, à un point d'articulation secondaire tout juste destiné à préciser le caractère des contrats administratifs. Elle ne pénètre pas ses définitions qui demeurent classiques, empruntées à la doctrine publiciste de l'avant-guerre.

- 526. Assimiler le contrat au droit administratif et dépasser le contrat.** – Au point de vue de l'imprévision, nous souhaitons montrer que la théorie des contrats est une entreprise particulière à Gaston JÈZE qui, en n'occultant pas ce qu'il y a de collaboration dans ces contrats, procède avant tout à leur mise en ordre au regard de la technique juridique. Sur le même sujet, Maurice HAURIOU développe peut-être des considérations assez similaires à celles de Gaston JÈZE. Toutefois il ne s'y arrête pas et les emploie en outre à étoffer une doctrine dynamique – celle de l'institution – aux ressorts de laquelle l'imprévision participe. Au risque d'être un peu caricatural, nous affirmerions que Gaston JÈZE a figé les virtualités de la jurisprudence administrative en l'appréhendant par le biais d'une technique juridique contractuelle d'où procède sa théorie des contrats administratifs. Nous verrons plus loin que cette technique est contigüe à la doctrine privatiste : elle s'en différencie en manifestant assez peu d'intérêt pour la doctrine de l'autonomie de la volonté ; elle s'en rapproche par une méthode où le contrat structure son propos et organise – non pas toutes – mais un grand nombre des hypothèses, jusqu'à celles qui s'en éloignent. En peu de mots – Maurice HAURIOU prétexte de l'imprévision pour ébranler la pertinence du contrat. Gaston JÈZE, quant à lui, rapporte l'imprévision au contrat et use de la technique juridique pour expliquer les différences qu'elle fait surgir entre le droit privé et le droit public. Autrement dit, il témoigne peu d'intérêt pour l'imprévision en tant qu'elle permet de souligner en quoi certains contrats sont des modes gestionnaires. Son analyse des contrats les lui fait voir comme des actes juridiques, sans prêter aucune attention – ou si peu – au fait qu'ils participent du fonctionnement d'une institution à laquelle ils empruntent certains de ses caractères. Il procède par soustraction et addition : le contrat administratif est toujours situé par rapport à un contrat qui se complique du service public ; pour extraordinaire qu'elle soit au regard des principes du droit civil, l'imprévision est aussi située par rapport au contrat. Tout à l'inverse, Maurice HAURIOU profite de l'imprévision pour lever le voile sur

²⁶³ JÈZE Gaston, « Caractères essentiels des principaux contrats administratifs », *in* R.D.P. 1925, p. 449.

l'institution et dénonce ce faisant ce qu'il y a d'étriqué à estimer les contrats pour eux-mêmes. L'un des premiers à s'être intéressé à la doctrine de cet auteur, le professeur SFEZ, a écrit – peut-être un peu dépité – que le doyen toulousain « *n'a jamais été très inspiré par la théorie des contrats administratifs, à laquelle il consacre des passages dérisoires – en qualité et en quantité* »²⁶⁴. Moins sévère à son égard, le professeur MARTIN s'essaye à apprécier sa contribution à l'aune de ses théories de la gestion publique et de l'institution.

Toute la question est donc là : la pensée de Maurice HAURIOU en matière de contrat est-elle une suite d'intuitions plus ou moins prises en compte par la jurisprudence ou est-elle intégrée dans un système théorique qui lui aurait survécu ?²⁶⁵

Cet auteur examine la doctrine du doyen toulousain du point de vue de l'héritage que notre doctrine contemporaine en a gardé. C'est toute la difficulté d'une entreprise qui en évalue l'influence, à l'aune d'un substrat doctrinal qui procède d'une théorie des contrats administratifs largement redevable à Gaston JÈZE. À cette confrontation, Maurice HAURIOU est forcément perdant car il a conduit ses réflexions au-delà du contrat administratif – tel que nous le concevons aujourd'hui à partir de la définition qui en fut proposée par Gaston JÈZE. Ses analyses des arrêts du Conseil d'État et leur explicitation ne sont pas très différentes de celles de son collègue parisien. Pourtant, il n'a cessé de prêter les contrats administratifs à une perspective irréductible à celle de Gaston JÈZE de qui nous tenons le contrat administratif.

527. Le contrat est une marche qui l'élève vers l'institution ; en les attirant à sa théorie de l'institution, Maurice HAURIOU usa des contrats administratifs comme d'un ferment pour corroborer, amender et perfectionner cette théorie. Pour Gaston JÈZE, il est un terme qui servit d'horizon à une théorie qui détermina un cadre conservateur – pour des motifs que nous expliciterons plus loin. Il faut avoir à l'esprit les difficultés que suscita la théorie de l'imprévision à la doctrine privatiste. Gaston JÈZE éleva une théorie qui fit corps avec les préoccupations des civilistes pour qui cette théorie emportait la négation du contrat dans son acception classique. Il n'est pas étonnant que les motifs déployés pour fonder ce régime juridique spécifique aux contrats administratifs, soient les mêmes que ceux dont s'est prévalu Henri CAPITANT pour confiner cette théorie au droit administratif : le service public implique certaines nécessités que ne peuvent connaître les contrats passés entre particuliers ; les contrats administratifs organisent une collaboration entre les contractants plutôt qu'ils ne rapprochent des intérêts antagonistes. Certes, les enjeux ne furent pas similaires. Les

²⁶⁴ SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du doyen HAURIOU au droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1966 (thèse de doctorat, faculté de Paris), p. 444.

²⁶⁵ MARTIN Julien, « De la gestion publique à l'institution : essai de justification de la jurisprudence sur le contrat administratif », in [collectif], *La pensée du doyen HAURIOU à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 653.

civilistes ont craint que les contrats ne cessassent d'être la chose des parties et que le juge pût refaire les contrats indépendamment de la volonté des parties. Assez prégnante dans les années 1920, cette angoisse s'est tempérée dans la décennie suivante, durant laquelle le contrat fut davantage pris comme une technique juridique. Si Louis JOSSERAND a cru discerner la publicisation des contrats, c'est précisément parce que le contrat a cessé depuis lors d'être un concept proprement privatiste ; le contrat administratif tel que l'ont formalisé des administrativistes comme Gaston JÈZE, offrit aux civilistes un référent avec lequel ils eurent le loisir de composer pour appréhender les mutations propres au droit privé. En dénonçant une influence expansionniste du droit public, Louis JOSSERAND n'a jamais visé que des auteurs comme HAURIOU et RENARD, c'est-à-dire des institutionnalistes. Au demeurant, l'imprévision avec ce qu'elle sous-tend fut présentée comme un Rubicon à ne pas franchir pour les privatistes. La récrimination de Gaston JÈZE devant la généralisation possible de l'imprévision au droit privé, indique suffisamment la contiguïté doctrinale qui rapproche sa théorie de celle des civilistes. Celui-ci fut avant tout soucieux d'assimiler le contrat à sa représentation du droit administratif : il l'avait confiné à la périphérie de sa théorie, avant de l'y introduire à partir des années 1920 – non sans le « publiciser » ; en le marquant d'un caractère qui pût éviter toute confusion avec le contrat de droit privé, de sorte que cette assimilation ne fût jamais un cheval de Troie menaçant pour l'autonomie du droit administratif. Il fut encouragé en ce sens non seulement par la théorie de l'imprévision, mais plus encore par l'évolution de la définition contentieuse du contrat administratif. La systématisation de la théorie de la gestion privée contribua à se faire du contrat une conception compliquée de diverses nuances propres, par déclinaisons successives, à l'assimiler durablement au droit administratif.

Chapitre 2

L'acculturation du contrat au droit administratif au travers d'une théorisation des contrats administratifs

528. Une autre théorie prétorienne incita les administrativistes à modifier leur rapport au contrat : la théorie de la gestion privée, dont les termes furent généralisés dans les années 1920 afin d'adapter les contours du contentieux administratif pour faire face à l'afflux des litiges liés à la Première Guerre mondiale. Soucieux d'attirer au contentieux administratif des contrats ordinairement inusuels pour l'administration, le Conseil d'État bouleversa sa définition du contrat administratif (**section 1**). Celle-ci amena certains administrativistes à se représenter différemment les contrats administratifs en leur conférant une signification renouvelée par des enjeux contemporains. La conception qui leur fut appliquée tendit à appréhender un concept générique autonome du référent civiliste, par lequel le contrat fut proprement acculturé au droit administratif (**section 2**). La théorisation des contrats administratifs réalisée à l'initiative de quelques-uns, renvoya non plus spécifiquement au contentieux administratif, mais à l'architecture même du droit administratif. Néanmoins, cette entreprise doctrinale ne fut pas exempte d'une privatisation latente du droit administratif. L'assimilation du contrat au droit administratif renvoie autant à une publicisation du contrat qu'à une privatisation du contrat administratif (**section 3**).

Section première. – La formalisation d'une définition contentieuse du contrat administratif contingente des années 1920

529. Au sortir de la Grande Guerre, le Conseil d'État fut confronté à un engorgement dramatique de son rôle. Le contentieux contractuel classique ne fut pas le seul en cause. Au cours des hostilités, l'État s'était engagé dans des activités tout à fait inhabituelles, générant un contentieux propre que le Conseil d'État ne souhaitait pas qu'il fût entièrement confié à la juridiction judiciaire. Alors que les difficultés affectant la réforme de la juridiction administrative demeuraient en l'état²⁶⁶, le Conseil d'État bouleversa les limites du contentieux administratif (**paragraphe 1**), en un sens qui lui permit de développer une nouvelle définition du contrat administratif, fondée en particulier sur le critère des clauses exorbitantes (**paragraphe 2**).

²⁶⁶ Cf. le chapitre 1, titre I, seconde partie.

Paragraphe 1. – De l'engorgement du Conseil d'État à une nouvelle délimitation du contentieux administratif

530. Les marchés administratifs saisis par la guerre et les difficultés d'une juridiction administrative en peine d'être réformée. – Nos précédents propos se sont attachés à la théorie de l'imprévision à laquelle le Conseil d'État a assigné une portée inédite. Comme l'indique René JACQUELIN dans un cours spécialement consacré aux répercussions de la guerre sur le droit administratif, cette jurisprudence s'est imposée par l'impérieuse nécessité d'assurer la continuité des services publics²⁶⁷. Ce faisant nous avons analysé en quoi cette théorie a donné lieu à une partition inédite des contrats, en même temps qu'elle emblématisa les mutations qui dans l'Entre-deux-guerres ont affecté les contrats. Nonobstant, la Première Guerre mondiale se fit également ressentir par l'encombrement du rôle du Conseil d'État.

La guerre a été l'occasion indirecte de la résurrection d'un problème qui depuis longtemps sommeillait et qui est celui de la réforme de la juridiction administrative. (...)

Déjà avant la guerre par suite de causes variées l'accumulation des recours au Conseil d'État était telle qu'elle produisait un encombrement qui entraînait des lenteurs de procédure. (...)

Les marchés de fournitures dont la guerre avait nécessité la passation (...) devaient engendrer beaucoup de procès²⁶⁸.

Dans un titre précédent, nous avons assez insisté sur l'implication du contentieux administratif contractuel et les velléités de réformer la juridiction administrative²⁶⁹. Bien souvent, la compétence administrative pour les contrats de l'administration a été la première des attributions contentieuses que certains ont proposé de sacrifier afin de soulager le Conseil d'État. C'est en ce sens que la Chambre des députés vota en 1916 une résolution à l'adresse de la Chancellerie.

En dehors même de l'arriéré actuel, il y a lieu de prévoir que les marchés de la guerre donneront lieu à beaucoup de recours contentieux : il serait donc imprudent de renvoyer comme certains en émettent l'avis, le règlement de la situation présente après la cessation des hostilités²⁷⁰.

Préférant entreprendre une réforme modeste avant que les hostilités ne prissent fin, le ministre de la justice – René VIVIANI – visa spécialement les marchés

²⁶⁷ JACQUELIN René, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours de sciences politiques dispensé à la faculté de Paris pour le doctorat ès-sciences politiques (1922-1923), sur le thème : *Influence de la guerre sur le droit administratif français*], *op. cit.* (1923), p. 3-4.

²⁶⁸ *Id.*, p. 5.

²⁶⁹ Cf. le chapitre 1, titre I, seconde partie.

²⁷⁰ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 190 (annexe n° 1796, séance du 15 février 1916). Le 25 janvier précédant, le député Albert GRODET adressa au ministre de la justice une question afin de prendre connaissance de la statistique contentieuse du Conseil d'État. Celui-ci communiqua une réponse le 10 février (*in Journal officiel. Débats parlementaires. Chambre des députés* 1916 (11 février), p. 246). Ce à quoi réagit la résolution précitée du 15 février – en invitant « le Gouvernement à provoquer les mesures législatives, comme à prendre les décisions réglementaires qui s'imposent impérieusement pour activer le jugement des affaires arriérées pendantes devant le conseil d'État statuant au contentieux » (*ibid.*).

administratifs.

Ce qui est administratif en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, c'est ce qui est *spécial* à la vie administrative, par opposition au droit privé. (...)

En ce qui concerne les contrats que l'administration passe pour se procurer les matières ou exécuter les ouvrages nécessaires à ses services – et que l'on appelle marchés de fournitures ou de travaux publics – ces contrats constituent purement et simplement des contrats de vente ou de louage d'ouvrage par devis et marché dans les conditions tout à fait identiques à celles du droit civil, que les tribunaux civils ont l'habitude d'apprécier. (...)

Il va sans dire que la disposition proposée est strictement limitée aux simples marchés ou entreprises, et ne saurait s'étendre aux contrats de *concession de service public*, dont le caractère tout spécial au droit administratif, exige au plus haut degré la compétence de la juridiction administrative. (...) La concession de service public est un contrat essentiellement administratif, qui diffère tout à fait des contrats du droit privé²⁷¹.

Il faut se représenter qu'en 1916, le canevas de ce projet de loi est tout à fait classique. Peut-être néglige-t-il plus que de coutume la particularité des marchés de travaux publics. Toutefois, l'idée qu'il se fait des marchés de fournitures de l'État n'a rien d'arriérée. En se rapprochant des contrats d'achats, ils présentaient peu de spécificités qui les rendissent propres au droit administratif. À l'inverse des marchés de travaux publics et plus encore des concessions de service public, ces marchés-là ont assez peu éveillé l'attention des administratifs dans les années précédant la Grande Guerre. Sauf peut-être avec Maurice HAURIOU, ils ont le plus souvent été évoqués pour qualifier une normalisation de l'action contractuelle de l'administration par son rapprochement asymptotique avec le droit privé. Il n'est nullement surprenant qu'ils aient été l'objet privilégié d'un réaménagement du contentieux administratif.

531. Maurice HAURIOU fut en effet l'un des rares contemporains à en défendre la singularité. Gaston JÈZE – avant les années 1920 – est quasi indifférent à ces contrats. Henry BERTHÉLEMY ne voit dans l'attribution du Conseil d'État pour les marchés de fournitures de l'État qu'une anomalie²⁷². Avant l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (1918), le caractère administratif de ces marchés est assez peu considéré. Au demeurant – et exception faite de quelques thèses réalisées sur le sujet –, ils ont assez peu attiré l'attention. La Grande Guerre bouleversa sensiblement les choses, au point d'inciter l'administrativiste lillois MOREL à réaliser une étude approfondie²⁷³, tandis que le civiliste toulousain PERREAU entreprit une série d'articles²⁷⁴. Peu après, l'avocat

²⁷¹ *Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires*, session ordinaire de 1916, p. 1301 (annexe n° 2407, séance du 25 juillet 1916). Le projet de loi ne donna lieu à aucun rapport ni aucun débat.

²⁷² BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1916 (8^e éd.), p. 951-952.

²⁷³ Cf. MOREL André, *Les marchés de fournitures des départements de la guerre et de marine...*, *op. cit.* (1918).

²⁷⁴ Cf. les articles suivants d'Ernest-Hippolyte PERREAU : « Les marchés de l'administration de la guerre » (*in Bulletin de l'Académie de législation* 1917, p. 230 & 257) ; « Les stipulations en faveur des ouvriers dans les

aux Conseils TÉTREAU leur consacra un ouvrage²⁷⁵. Certes, il en avait conçu le projet avant 1914 et la guerre le surprit alors qu'il s'apprêtait à l'achever. Du reste il s'agit d'un ouvrage destiné aux praticiens, qui se situe dans le sillage d'un traité publié en 1875 sur le même sujet par un autre avocat aux Conseils : Arsène PÉRIER. Après Gaston JÈZE²⁷⁶, Julien LAFERRIÈRE témoigne d'une inflexion à laquelle la Grande Guerre n'est pas indifférente, lorsqu'en 1921 il vise la méconnaissance – par des parlementaires – de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État.

Les partisans de cette réforme des règles de compétence semblent n'être pas au courant de l'état actuel de la question. Ils ne tiennent aucun compte de la jurisprudence bien établie du Conseil d'État, d'après laquelle appartient de plein droit à la compétence administrative tout litige suscité par le fonctionnement, le mauvais fonctionnement et le non fonctionnement d'un service public, en sorte que le contentieux des marchés de fournitures ou de travaux publics est bien du contentieux [administratif] par nature²⁷⁷.

S'il évoque implicitement l'arrêt *THÉRON* (1910), il faut voir que cet arrêt souligne davantage le caractère administratif des concessions et marchés de travaux publics. En revanche l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (1918) a notablement contribué à renouveler la valeur des marchés de fournitures en leur appliquant une théorie conçue pour les concessions de service public et marchés de travaux publics – en l'occurrence la théorie de l'imprévision. Si certaines initiatives parlementaires se sont encore employées à soustraire ce contentieux au Conseil d'État, la jurisprudence administrative en a considérablement dévalué la valeur pour en ôter presque toute pertinence.

532. La genèse d'une théorie des contrats administratifs. – La théorie de l'imprévision a été décisive pour amarrer les marchés de fournitures de l'État au contentieux administratif par nature. En s'y appliquant, elle les a tout à la fois attirés au fonctionnement des services publics, et leur a assigné un principe juridique exorbitant du droit commun. Concessions de services publics, marchés de travaux publics et marchés de fournitures de l'État – sinon les marchés de fournitures à prestations multiples – ont tous été ancrés dans le champ du droit administratif pour les mêmes motifs. Si ces contrats constituent les principaux contrats administratifs, la

marchés administratifs » (*id.*, 1918-1919, p. 26) ; « Des modifications contractuelles au droit commun dans les marchés de l'État, spécialement ceux du ministère de la guerre » (*in R.T.D. civ.* 1918, p. 5) ; et « Des marchés de l'intendance, particulièrement depuis les débuts de la présente guerre » (*in R.G.D.* 1919, p. 325 & 1920, p. 1).

²⁷⁵ Cf. TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, Paris, Dupont, 1921.

²⁷⁶ Cf. de Gaston JÈZE les articles suivants : « Lenteurs de la procédure devant le Conseil d'État. Statistiques » (*in R.D.P.* 1916, p. 65) ; « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative » (*in R.D.P.* 1918, p. 63) ; et « Le Conseil d'État au contentieux (modification de sa composition et de son organisation) » (*id.*, p. 509).

²⁷⁷ LAFERRIÈRE Julien, « L'organisation de la juridiction administrative. Réforme et projets de réforme », *in R.D.P.* 1921, p. 154-156.

liquidation du contentieux lié à la Première Guerre mondiale – surtout ceux liés aux assurances maritimes²⁷⁸ et aux contrats de transport passés avec l'État – porta le Conseil d'État à se prononcer sur des contentieux inédits – ne fût-ce que par leur ampleur. Suscités par un interventionnisme conjoncturel de l'État, ces contentieux contraignirent le Conseil d'État à gérer un surcroît de litiges tandis que la question de la réforme de la juridiction administrative restait pendante. La jurisprudence administrative des années 1920 sur les contrats administratifs y est directement liée. Ce n'est pas tant les contrats administratifs usuels qui posèrent difficulté, que ceux passés pendant la guerre pour des activités inhabituelles à l'État. C'est la principale raison pour laquelle la recherche d'un « critère » du « contrat administratif » fut l'objet d'une préoccupation constante au cours de cette décennie. Cependant, le volontarisme prétorien ne s'est pas arrêté immédiatement à une doctrine jurisprudentielle – laquelle se fixa *in fine* autour de la théorie de la gestion privée. Des inflexions parfois contradictoires furent prises par le Conseil d'État – au plus grand désarroi des juristes, comme en témoigne par exemple Gaston JÈZE en 1923 :

À l'heure actuelle, on constate une tendance de plus en plus marquée de la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits à réserver aux tribunaux judiciaires le contentieux des *contrats qui ont été passés par les administrations publiques dans les conditions du droit commun et qui ne sont attribués par aucun texte à la juridiction administrative*²⁷⁹.

Certainement, il serait artificiel de discerner une évolution graduelle, prudente et déterminée du Conseil d'État ; sa jurisprudence est loin d'être cohérente, d'autant qu'il dut composer avec la Cour de cassation, *via* le Tribunal des conflits. Pour autant, les années 1923-1925 traduisent une résolution pérenne à laquelle réagissent précisément Marc RÉGLADE²⁸⁰ et Paul DUEZ²⁸¹, et dans le sillage desquels plusieurs thèses furent entreprises²⁸². Dans nos précédents développements, il fut question de conférer une teneur au régime juridique des contrats administratifs. Dans les lignes qui suivent, il s'agit plutôt d'une question tenant à la définition contentieuse des

²⁷⁸ Dès le début des hostilités, l'Allemagne entreprit une guerre sous-marine pour réagir au blocus maritime que lui fit subir le Royaume-Uni. Les pertes occasionnées à la marine marchande française furent telles que l'État intervint pour soutenir les armateurs en contribuant aux risques de guerre – ce par les lois du 10 avril 1915 et du 19 avril 1917.

²⁷⁹ JÈZE Gaston, Note sous les arrêts *LASSUS* (C.E., 22 décembre 1922) et *Société Hellenic Transport Steamship* [désigné dans le *Recueil Lebou* sous l'intitulé : *Sieur IOSSIFOGLU*] (C.E., 7 mars 1923) ; et la décision *MANON c. Ministre de la marine* (T.C., 7 novembre 1922), in *R.D.P.* 1923, p. 426-427.

²⁸⁰ Cf. RÉGLADE Marc, « De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités judiciaire et administrative (étude de jurisprudence) », in *R.D.P.* 1924, p. 191.

²⁸¹ Cf. DUEZ Paul, « La théorie de la gestion privée dans l'application de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire », in *R.C.L.J.* 1924, p. 337.

²⁸² Nous pensons aux thèses de DOUYSET (*Du principe de répartition des compétences en ce qui concerne les litiges nés sur les contrats passés par les personnes administratives*, 1924), AMFREVILLE (*De la répartition des compétences en matière de contrats passés par l'administration*, 1927), SUDRE (*De la compétence du Conseil d'État en matière de contrats*, 1928), ROUVIÈRE (*À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, 1930), LAHILLONNE (*La gestion privée des services publics*, 1931) et HIMARIO (*Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, 1933).

contrats administratifs. La coexistence de ces deux problématiques est pour beaucoup dans la difficulté qu'il y a à appréhender la genèse de la théorie des contrats administratifs. La tentation est grande, par une lecture oblique et un peu trop cursive, de vouloir entremêler ces deux perspectives. Or si le régime juridique des contrats administratifs fut principalement conçu à partir de et pour les contrats usuels de l'administration, leur définition contentieuse fut en revanche affinée pour y comprendre des contrats proches du droit privé. Portée par deux vecteurs autonomes, la théorisation des contrats administratifs fut affectée – dès sa genèse – par cette disharmonie. L'entreprise doctrinale d'un Georges PÉQUIGNOT ne se comprend pas autrement.

- 533. De l'art de reconstituer une généalogie jurisprudentielle.** – La chose la plus curieuse qui soit dans la jurisprudence administrative de cette période, est l'exhumation d'un arrêt négligé, non pas inconnu mais crédité de peu d'importance par la grande majorité de la doctrine administrative – savoir l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912). Nous nous y sommes déjà arrêté pour démontrer que l'interprétation que nous lui désignons aujourd'hui est tout à fait extrapolée²⁸³. Bien sûr, le propre de cet exercice d'exégèse est celui de souffrir la contradiction et notre interprétation n'y échappe pas plus que les précédentes. Seulement nous avons souhaité nous débarrasser de nos *a priori* à son sujet, pour l'appréhender comme ses contemporains ont pu s'y prendre. C'est-à-dire suivant les préoccupations qui furent les leurs – non les nôtres. Loin d'y trouver l'énonciation – ne fût-ce balbutiante – d'un concept du contrat administratif, nous avons plutôt cru y discerner un arrêt assez conforme à la jurisprudence administrative de son époque, en tant qu'il reconnaît la compétence administrative là où le marché tend vers le modèle de la concession. En témoignent les conclusions de Léon BLUM. Il n'est pas impossible que sa promotion impromptue fut à imputer – pour une part – au professeur parisien BERTHÉLEMY (1916)²⁸⁴. Celui-ci s'en est réjoui comme d'un arrêt venu ramener la

²⁸³ Cf. le chapitre 3, titre I, seconde partie (spéc. les § 348 *sq.*).

²⁸⁴ Gaston JÈZE fit le commentaire de cet arrêt en 1914, l'année même où il fit paraître la deuxième édition de ses *Principes généraux du droit administratif*. Profondément refondu, il déploie dans cet ouvrage une doctrine mûrie où le service public y est audacieusement promu comme notion cardinale (ce, dès 1913 dans un ouvrage paru en allemand : *Das Verwaltungsrecht der französischen Republik*). Dans une préface engagée (et publiée à la *Revue du droit public* en 1914 sous un titre évocateur), il y dénonce précisément la peine qu'éprouve la doctrine administrativiste à se soustraire de l'influence stérilisante de la doctrine civiliste. La locution « contrat administratif » est de celles dont il use de préférence pour critiquer les emprunts délétères faits au droit civil. Aussi pensons-nous que son commentaire (1914) de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (1912), publié deux ans après qu'il ait été rendu et quelques mois avant l'article précité, vise à sensibiliser ses futurs lecteurs en faveur d'une doctrine pour le moins iconoclaste. Désapprouvant ostensiblement cette locution, le « contrat administratif » y est écarté, comme une complication inutile à la définition du contentieux administratif, et comme un obstacle à cette émancipation souhaitée de la doctrine administrative. En 1916, Henry BERTHÉLEMY mit à l'honneur cet arrêt dans la huitième édition de son traité. La précédente (1913) paraît avoir été achevée dans l'été 1912

compétence administrative dans ses limites naturelles, c'est-à-dire celui des actes « *qui ont pour objet direct l'organisation ou le fonctionnement d'un service public* »²⁸⁵. Remarquons : jusques et y compris dans la dernière de ses éditions (1933), jamais celui-ci – qui pourtant, fut l'un des premiers à distinguer cet arrêt – ne mit en exergue les clauses exorbitantes comme si elles fussent un critère du contentieux administratif. Interprétées comme il le fit, les jurisprudences *TERRIER* et *THÉRON* se sont présentées à lui comme des écarts par trop dangereux qui ont élargi inconsidérément le contentieux administratif. Cette appréhension a peut-être contribué à ce que le commissaire du gouvernement RIVET choisît l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* pour infléchir la jurisprudence administrative dans les années 1920. Quoique peu distingué, sa publicité a été assurée ; les conclusions qui s'y rapportent sont suffisamment équivoques pour que l'arrêt pût s'interpréter de biais ; il n'avait été chargé d'aucune signification propre qui en eût fixé la valeur. Ainsi lui imputa-t-il la consécration de la théorie de la gestion privée. Sa promotion fut donc pour beaucoup conjoncturelle. Il s'est agi tout à la fois de restreindre la compétence pour permettre au Conseil d'État de faire face à l'afflux contentieux ; et de procurer à l'État un mode d'action qui, en confinant avec le droit privé, fut adéquatement profilé pour la réalisation de ces réformes dont l'administration était l'objet depuis la fin de la Grande Guerre.

Depuis la guerre de 1914, le Conseil d'État, suivi par le Tribunal des conflits et la Cour de cassation, a adopté une autre politique [que celle des années d'avant-guerre]. Les multiples opérations de ravitaillement faites pendant la guerre et aussi la liquidation des stocks de guerre opérée en vertu de la loi du 18 avril 1919, ont montré que, même pour l'État, il y avait souvent avantage à procéder par les usages du commerce et les contrats de droit commun plutôt que d'employer les formes des marchés publics. La nouvelle orientation consiste, en ce qui concerne les marchés destinés aux services publics, à laisser le choix aux administrations publiques entre les modes de gestion publics et les contrats de droit commun. (...)

Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle tendant au développement des *moyens* de gestion de caractère privé, une évolution législative a permis aux diverses administrations, et particulièrement aux

(au vu de la date qu'il porte à sa préface), sans qu'il eût pris connaissance de notre arrêt. Alors que dans la préface de la septième édition il se désespère des arrêts *TERRIER* et *THÉRON*, celle de la huitième lui donna l'occasion de se féliciter de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* : « *La jurisprudence administrative (...) ne s'est guère modifiée de 1913 à 1915. Deux décisions importantes, cependant, ont retenu notre attention* » – la seconde est notre arrêt (*Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.* (1916), p. vij). C'est qu'il l'interprète avantagement dans le sens de sa doctrine : « *Est-ce un recul dans la solution que nous estimions beaucoup trop large sur la portée de la séparation des autorités administrative et judiciaire, ou bien faut-il dire que le Conseil d'État n'a jamais entendu, sur cette question, adopter les formules trop radicales dont le félicitaient volontiers les partisans de l'extension de la compétence administrative ? Quoi qu'on en doive penser, nous approuvons [cet] arrêt* » (*id.*, p. viij). Maurice HAURIOU n'évoqua cet arrêt (en note de bas de page) que dans la neuvième édition de son précis (1919), alors qu'il aurait eu le loisir de le faire dès la huitième (1914). Quoique nous ne pussions lui reprocher d'en avoir traité dans la première édition (1911), Léon DUGUIT consacra à cet arrêt – dans son *Traité de droit constitutionnel* – une pesante critique... nous sommes alors en 1923. Dans les années 1920, cet arrêt est connu, critiqué ou appuyé – mais il appartient dès lors à la jurisprudence administrative.

²⁸⁵ BERTHÉLEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.* (8^e éd., 1916), p. 950.

communes, l'utilisation de *procédés* de gestion privés, régies privées et coopératives, participations administratives à des entreprises privées (économies mixtes), *etc.*²⁸⁶

534. Le commissaire du gouvernement RIVET sous l'arrêt *Société général d'armement* (1921) n'est pas très probant lorsqu'il assoit son argumentation sur l'arrêt précité de 1912 – il est à cet égard le premier à mobiliser cet arrêt comme référent jurisprudentiel. Les préoccupations de Léon BLUM étaient profondément différentes des siennes. Celui-ci s'interrogeait sur la nature d'un contrat caractéristique du droit administratif – un marché de fournitures –, pris de surcroît par une personne administrative en qui la jurisprudence administrative inclinait à voir une personne dépositaire de la puissance publique. Il n'envisagea une extension de la compétence administrative qu'à raison du fait que le marché de fournitures participait *in fine* du modèle du marché de travaux publics ou de la concession – ce en quoi il accuse une parfaite cohérence avec les jurisprudences précédentes. En revanche, le commissaire du gouvernement RIVET a eu son attention portée sur un contrat d'assurance maritime – un contrat familial du droit privé – que l'État avait faire souscrire à un armateur, dans le cadre d'une législation destinée à parer aux effets de la guerre sous-marine allemande. Le référent par lequel il appuya sa démonstration ne doit pas tromper : celle-ci est toute entière commandée par le souci d'amarrer l'inflexion jurisprudentielle suggérée au monument de la Jurisprudence administrative. Ce contrat litigieux (passé avec l'État) est sans aucune analogie avec un marché communal de fournitures ; les problématiques mêmes sont sans comparaison possible.

Les personnes morales, lorsqu'elles contractent en vue de *la création* ou de *l'exécution* d'un service public, ont *toujours* en vue *l'intérêt général*. Cet intérêt général est *plus ou moins accentué*, il est *plus ou moins impératif*, mais il existe *toujours*.

S'ensuit-il que tout contrat, intervenu dans ces conditions et à cette fin, relève nécessairement de la compétence des tribunaux administratifs ?... *En aucune façon*... Ce qu'il est vrai de dire (...) c'est que *l'intérêt général*, en vue duquel la convention a été conclue, comporte *fréquemment* des *exigences particulières*, d'où résultera l'élaboration de clauses *exorbitantes du droit commun*, qui *exclueront* (*sic*) la compétence de la juridiction civile. Mais si ces clauses *exceptionnelles*, ces clauses *de nature proprement administrative* n'existent pas, s'il a pu être satisfait aux besoins de l'intérêt général en jeu par les stipulations *généralement en usage* dans les contrats passés *entre particuliers*, la juridiction *ordinaire* en matière de contrats, c'est-à-dire la juridiction des tribunaux *judiciaires* sera naturellement compétente (en ce sens, *Société des granits porphyroïdes des Vogues*, 31 juillet 1912)²⁸⁷.

Gaston JÈZE, d'ailleurs, note dubitativement à propos de ces conclusions, qu'elles portent sur un contrat passé entre un service public et un usager, tandis que les

²⁸⁶ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public, à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Sirey, 1927 (11^e éd.), p. 915.

²⁸⁷ RIVET Charles-René, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société générale d'armement c. Ministre des finances* (C.E., 23 décembre 1921), *in* R.D.P. 1922, p. 77.

contrats administratifs usuels ne sont pas, jusqu'alors, destinés à satisfaire l'usager d'une prestation, mais à faire collaborer un particulier au fonctionnement d'un service public. Drôle de contrat administratif que celui passé avec un usager, à propos d'un service public érigé pour les circonstances de la guerre et recouvrant une activité normalement échue à l'initiative privée. Dans un arrêt portant sur une affaire analogue – mais non identique – le professeur parisien se fait encore plus critique :

Nul ne sait si jamais on arrivera à une interprétation définitive [du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire]. Il s'agit d'une règle de compétence, c'est-à-dire de la détermination du juge qui doit être saisi. Or les règles de compétence devraient être simples, faciles à comprendre et à appliquer, car ce n'est pas un problème juridique essentiel, c'est le fond du droit qui est l'essentiel. La Cour de cassation semble n'y plus rien comprendre²⁸⁸.

Il réproouve – comme il le fait rarement – les nouvelles conclusions du commissaire du gouvernement RIVET : « *Il suffit d'exposer cette jurisprudence [comme s'y prend ce dernier] pour la condamner, tant elle est subtile. (...) C'est méconnaître les réalités de la vie quotidienne que de se lancer dans les distinctions et sous-distinctions délicates* »²⁸⁹. Cette réserve nous incite à penser que le commissaire du gouvernement RIVET pressentait les critiques qui lui furent effectivement adressées, si bien qu'il s'évertua à constituer pour la définition inédite des contrats administratifs, une généalogie jurisprudentielle sur laquelle elle pût reposer ; une parure vénérable qui pût la faire mieux accepter.

- 535. Un critère des clauses exorbitantes mystifié : une compréhension a-historique des marchés de fournitures.** – Ses conclusions sous l'arrêt *Société « Les affréteurs réunis »* (1924) ont le mérite d'être explicites sur les tenants et les aboutissants de cette jurisprudence qui confère à la théorie de la gestion privée une ampleur inégalée – c'est-à-dire une portée systématique, lorsqu'elle n'existait auparavant que de manière résiduelle. Les jurisprudences *TERRIER* et *THÉRON* ne lui paraissent concerner que des contrats singuliers au droit administratif, qui de ce fait ne sont pas représentatifs des règles contentieuses auxquelles les contrats de l'administration doivent être soumis.

On est frappé de ce fait que les espèces [celles visées par les arrêts *TERRIER* et *THÉRON*] ont mis très généralement en présence de services publics de nature particulière, qui, pour ne parler que des questions contractuelles sur lesquelles leur fonctionnement aurait pu créer des litiges, avaient placé l'administration vis-à-vis de ses contractants dans des situations toutes spéciales évocatrices de rapports nettement différents de ceux dont les juridictions civiles ont normalement appelées à connaître²⁹⁰.

²⁸⁸ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société « Les affréteurs réunis »* (C.E., 23 mai 1924), in *R.D.P.* 1924, p. 385-386.

²⁸⁹ *Id.*, p. 386-387.

²⁹⁰ RIVET Charles-René, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société « Les affréteurs réunis »* (C.E., 23 mai 1924), in *R.D.P.* 1924, p. 388.

En revanche, l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* aurait visé tous ces contrats équivoques suspendus entre le droit administratif et le droit civil. Ses propos mettent subrepticement sur un même plan des contrats dont l'administration était familière depuis le XIX^e siècle (comme un marché de fournitures communales), avec d'autres qui résultent d'un interventionnisme étatique employé dans une économie de guerre. Il oblitère sans ménagement la différence qu'il pourrait y avoir entre les activités contractuelles classiques de l'administration, et d'autres plus circonstanciées. Ainsi la solution de l'arrêt précité eût été inspirée – selon le commissaire du gouvernement RIVET – par le fait que, même pour les marchés de fournitures de l'État, pourtant couverts par le décret du 11 juin 1806, le Conseil d'État hésitait « à retenir les litiges n'offrant avec les litiges privés aucune marque distinctive »²⁹¹, si bien qu'il eût encore moins de scrupule à repousser un litige relatif à un marché communal. Cette présentation de la jurisprudence est pour le moins latitudinaire, sinon infidèle. La doctrine comme la jurisprudence administratives ont toujours convenu que les marchés communaux ressortissaient à la compétence judiciaire, pour cette raison que les marchés de fournitures de l'État relevaient spécialement de la compétence administrative au titre d'un texte explicite ; de même qu'elles admettaient que les achats au comptant réalisés pour les services ministériels ne pouvaient mériter la qualification de marchés de fournitures et ressortissaient, eux aussi, à la juridiction judiciaire²⁹². Le cas échéant, aucun marché de fournitures n'était caractérisé ; celui-ci ne pouvait l'être en principe qu'à raison des conditions particulières dans lesquelles le contractant était placé *via* les cahiers des clauses et conditions générales – contenant des clauses exorbitantes du droit commun²⁹³. Autrement dit, le marché de fournitures de l'État était conçu comme un contrat pour lequel les modalités de sa conclusion comme de son exécution, imprimaient à divers titres la spécialité de sa destination.

- 536.** Avant les années 1920, aucune théorie contentieuse n'est étayée par des clauses exorbitantes dont l'existence ou non décidât de la compétence juridictionnelle. Schématiquement, les marchés de fournitures des départements et des communes étaient de la compétence judiciaire ; et ceux de l'État, de la compétence administrative – sauf lorsque l'État contractait sans recourir à une procédure de passation emportant la qualification de marché de fournitures. Il n'y avait alors qu'un simple achat mobilier. Sous la plume de certains auteurs, les clauses exorbitantes participaient alors à justifier un texte napoléonien – le décret du 11 juin 1806 – pour

²⁹¹ *Id.*, p. 389.

²⁹² Pour ne citer qu'un exemple, Maurice HAURIOU reconnaît cette possibilité pour les administrations de l'État de passer des achats au comptant qui de ce fait consistent en des contrats de droit privé, soumis à la juridiction judiciaire. Il l'affirme dès la première édition de son précis (*Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel, 1892 (1^{re} éd.), p. 665).

²⁹³ Cf. à cet égard la définition étoffée qu'en propose l'avocat aux Conseils Louis TÉTREAU : *Des marchés de fournitures*, *op. cit.* (1921), p. 145 *sq.* et 171 *sq.*

en actualiser la valeur. Elles ne participaient pas d'une définition générique des contrats administratifs. En proposant une réinterprétation de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, le commissaire du gouvernement RIVET s'essaye à fonder une théorie de la gestion privée qui soit systématique. Si les clauses exorbitantes étaient un objet doctrinal reconnu au début du XX^e siècle, elles concouraient à justifier une compétence administrative pour laquelle l'abandon de la juridiction ministérielle ôtait toute pertinence. Elles ne constituaient pas un critère immédiat – qui plus est un critère applicable à tous les contrats assujettis à la juridiction administrative. Elles permettaient seulement de discerner les raisons d'une compétence administrative – d'ailleurs contestée par certains –, en insistant sur la pénétration au cœur du contrat d'un mode d'action caractéristique de la puissance publique. Cela faisant dire à Maurice HAURIOU : « *Dans les contrats administratifs, les personnes administratives ont toujours quelque privilège singulier qui empêche l'égalité complète les parties* » ; n'en estimant pas moins que « *ces anomalies (...) disparaîtront avec le temps* »²⁹⁴. C'est toujours pour montrer en quoi la théorie de la gestion privée fût la règle déterminante du contentieux administratif, que le commissaire du gouvernement RIVET présente l'arrêt *Société « Les affréteurs réunis »* comme faisant système avec la décision *Société commerciale de l'Ouest africain* du Tribunal des conflits (1921).

De cet arrêt du 31 juillet 1912, (...) le Tribunal des conflits ne fera que consacrer à son tour la doctrine, en étendant l'application au domaine des questions quasi-délictuelles, dans l'affaire du bac d'Eloka du 22 janvier 1921²⁹⁵.

Ainsi oblitère-t-il la nature propre aux marchés de fournitures de l'État pour les servir à modeler un standard qui permît de départager le contentieux en y rapportant les contrats les plus hétéroclites. Destinée à étayer la théorie de la gestion privée, cette conception générique qui fait des clauses exorbitantes *un* critère du contrat administratif, s'attache à tous les contrats de l'administration qui – à l'instar des marchés de fournitures – sont analogues par leur objet aux contrats du droit privé, et ne s'en différencient qu'au point de vue des modalités dans lesquelles ils s'exécutent. Hormis les contrats foncièrement caractéristiques du droit administratif – telles les concessions de service public –, les autres sont à peu près tous placés sur le même plan. La diversité des contrats conclus par l'État pour soutenir l'effort de guerre a confronté la juridiction administrative à une situation inédite qui explique l'exercice doctrinal auquel se livre le commissaire du gouvernement RIVET. La théorie de la gestion privée, dont l'office est de s'appliquer aux contrats dont la physionomie les place aux confins du droit privé, partitionne les compétences selon une approche casuistique dont les ressorts sont historiquement mythifiés : la clause exorbitante du

²⁹⁴ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, op. cit. (1^{re} éd, 1892), p. 168.

²⁹⁵ RIVET Charles-René, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société « Les affréteurs réunis »* (C.E., 23 mai 1924), in R.D.P. 1924, p. 389.

droit commun. Insistons-y : il ne s'agit pas de critiquer cette doctrine pour ce qu'elle est, mais plutôt pour les fondements sur lesquelles elle s'appuie et qui procèdent d'une compréhension anachronique du droit administratif des décennies précédentes. Du reste, elle fut proprement justifiée par des enjeux contemporains aux années 1920 tenant à l'adaptation du contentieux administratif à l'afflux contentieux.

Paragraphe 2. – Une définition des contrats administratifs employée à adapter les limites du contentieux administratif

537. De la diversification des contrats de l'administration à la formalisation d'une règle de compétence générique pour les contrats administratifs. – Le Conseil d'État avait précédemment rendu quelques arrêts permettant d'étayer cette conception portée à reconnaître – pour la qualification des contrats administratifs – une certaine importance aux clauses exorbitantes. Plusieurs étaient intervenus au sujet de contrats d'affrètement dont la question tenait au fait de savoir s'ils pouvaient être assimilés à des marchés de fournitures de l'État²⁹⁶. Le commissaire du gouvernement RIVET participe de cette approche qu'il s'efforce précisément de faire aboutir en l'arrêtant à une doctrine ferme. Confronté à la nécessité de départager des contrats inusuels pour l'administration, soucieux ne pas les voir tous ressortir à la compétence judiciaire, il emploie les marchés de fournitures à composer un modèle générique qu'il standardise (à force de contorsions doctrinales). L'exégèse de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* lui sert à engager une définition tronquée – sinon déviante – des marchés de fournitures fût réceptive à la théorie de la gestion privée et attractive pour des contrats demeurant dans la mouvance du droit commun. Il n'y a pas lieu de s'étonner si les arrêts qui ont fait jurisprudence en participant à l'ébauche de cette définition se rapportent tous à des contrats inusuels à l'administration : contrat d'assurance maritime, contrat de ravitaillement, *etc.* Que l'administration pût agir dans les mêmes conditions qu'un particulier – cela ne présentait rien d'inédit. Tous les administrativistes en rendaient compte, mais avec une discrétion qui marque le caractère résiduel de la gestion privée²⁹⁷. La

²⁹⁶ Cf. les arrêts (dont nous ne disposons pas des conclusions) du Conseil d'État – particulièrement le second : *Compagnie des chargeurs réunis c. l'État* (16 février 1917) & *Société des voiliers français* (19 juin 1918).

²⁹⁷ Maurice HAURIOU dans son *Précis de droit administratif* et Félix MOREAU (professeur à la faculté d'Aix-en-Provence) dans son *Manuel de droit administratif* (1909) rapportent la gestion privée en quelques lignes. Il en va de même pour Gaston JÈZE dans la seconde édition de ses *Principes généraux du droit administratif* (1914). À l'instar de son collègue toulousain, celui-ci souligne le caractère résiduel du procédé de la gestion privée dans l'action administrative : « [L']usage [du procédé du service public] est même si fréquent qu'il semble

jurisprudence administrative l'admettait sans difficulté pour les contrats de transports passés avec l'État. Pourtant, à partir du début des années 1920, celle-ci trouve une explication nouvelle qui, pour ne pas en changer la portée, l'adapte à une théorie de la gestion privée systématisée. C'est ce dont rend compte le commissaire du gouvernement CORNEILLE en 1921, à propos d'un contrat de transport. Alors qu'autrefois il aurait été avancé qu'il n'y a pas de contrat administratif dès lors que le contrat de transport n'est pas assimilé à un marché de fourniture de l'État, celui-ci y substitue ce motif tiré de la coexistence de deux procédés d'actions : l'un caractérisé par le commerce, l'autre par la voie administrative. L'on voit à quel point il ne s'agit pas tant d'une divergence des solutions que d'une réorientation des motifs dont le sens est sensiblement biaisé.

Les tendances de la jurisprudence actuelle du Conseil d'État et du Tribunal des conflits (...) réservent les circonstances où l'administration doit être réputée contracter dans les mêmes conditions qu'un particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions, [et] réserve le cas où, *tout en agissant dans l'intérêt d'un service public*, l'administration se place volontairement dans les conditions du droit privé, en passant un contrat de droit commun dans les conditions du droit privé, en passant un contrat de droit commun déterminé par le Code civil ou le Code de commerce, ou en effectuant une opération courante que les particuliers font journellement²⁹⁸.

Si ces propos sont peu novateurs quant à la solution qu'ils appuient, ils rapportent une disposition d'esprit qui dénote l'attention portée à la théorie de la gestion privée. Le Conseil d'État préfère s'attacher aux clauses exorbitantes pour isoler les contrats

qu'il ne soit jamais fait emploi du procédé du droit privé. Il n'en est rien. Ce qui est vrai, c'est que les agents publics se servent rarement du procédé du droit privé : en effet, ce procédé suppose essentiellement des rapports d'égalité ; il est donc en quelque sorte fatalement écarté toutes les fois qu'il s'agit de satisfaire à un besoin d'intérêt général important » (*Principes généraux du droit administratif*, op. cit. (1914), p. 378). Quant au premier des trois, il introduit des développements dans la septième édition de son précis (1911), et qu'il conserva jusqu'à la dixième (1921) avant de les tempérer dans la onzième (1927). Ainsi en 1921, il écrit : « *Il y a des services publics qui peuvent comporter exceptionnellement des modes d'exécution privés ; mais le principe qui tend à s'établir de plus en plus est que les mesures d'exécution des services publics sont des opérations administratives et que la gestion de tout service public est, dans son ensemble, une opération administrative* » (*Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Tenin, 1921 (10^e éd.), p. 40). En revanche, il modifie substantiellement sa doctrine en 1927, pour approfondir le titre consacré aux « droits de personne privée » en y introduisant une section sur « la gestion privée de services publics ». Il l'indique sans équivoque : la Première Guerre mondiale partage deux périodes saisissantes de contrastes ; la gestion privée n'est plus réduite à quelques activités marginales, circonscrites aux établissements de spectacles, mais employée en alternative à la gestion publique – en raison des avantages qu'elle procure par sa souplesse. « *Depuis la guerre de 1914, le Conseil d'État, suivi par le Tribunal des conflits et la Cour de cassation, a adopté une autre politique. Les multiples opérations de ravitaillement faites pendant la guerre et aussi la liquidation des stocks de guerre opérée en vertu de la loi du 19 avril 1919, ont montré que, même pour l'État, il y avait souvent avantage à procéder par les usages du commerce et les contrats de droit commun plutôt que d'employer les formes des marchés publics. La nouvelle orientation consiste, en ce qui concerne les marchés destinés aux services publics, à laisser le choix aux administrations publiques entre les modes de gestion publique et les contrats de droit commun. Cette faculté de choix s'exerce surtout dans la matière des fournitures, mais elle tend à s'établir pour les fournitures, transports et travaux* » (*Précis de droit administratif...*, op. cit. (11^e éd., 1927), p. 915)

²⁹⁸ CORNEILLE Louis-François, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Compagnie Paris-Lyon-Méditerranée* (C.E., 6 mai 1921), in *R.D.P.* 1921, p. 514.

qui auraient été passés dans des conditions spécifiques du droit administratif. Préoccupé par la multiplication de litiges afférents à des contrats proches de ceux du droit privé, le Conseil d'État s'est efforcé de leur apporter une solution cohérente qui pour embrasser de nombreuses hypothèses, procédât d'une analyse soucieuse de leurs aspects extérieurs et qui ne vînt pas se briser sur la spécificité de chacun d'eux. En bouleversant sa manière de considérer les marchés de fournitures, il formalisa une définition générique des contrats administratifs, arc-boutée sur la présence en leur sein de clauses exorbitantes. Certes, elle ne s'appliquait pas à tous les contrats ressortissant à la juridiction administrative, mais seulement à ceux qui ne constituaient pas un genre particulier – à l'inverse des concessions de service public et des marchés de travaux publics – et qui de ce fait confinaient au droit privé. Lorsque Gaston JÈZE présente ce en quoi consiste la gestion privée, il insiste particulièrement sur ce fait que certains contrats de l'administration « *sont nécessairement des contrats de droit public : les agents administratifs ne peuvent pas décider le contraire* »²⁹⁹ – et de citer en exemple ces contrats précités. En revanche, « *lorsqu'il s'agit d'obtenir une fourniture, un transport pour le service public proprement dit, les agents publics peuvent, en général, choisir entre le contrat administratif dit marché de fournitures, et le contrat de droit privé (achat, vente). Les marchés de fournitures n'ont ce caractère que lorsque les agents publics qui les ont conclus ont voulu qu'il en fût ainsi* »³⁰⁰.

- 538. La concurrence d'une autre acception du contrat administratif, résultante de la théorie de l'imprévision.** – Dans quelques-uns des arrêts se rapportant à la théorie de l'imprévision, le commissaire du gouvernement CORNEILLE avait précisément esquissé une typologie des contrats de l'administration selon qu'ils associent plus ou moins directement le contractant au fonctionnement des services publics. Certes, il faut convenir qu'elle ordonnait une gradation dont l'objet était précisément de déterminer l'application de la théorie de l'imprévision. Toutefois il ne s'est pas agi que d'une ébauche doctrinale d'appoint, toute spéciale à cette question. Formalisée dans un premier temps au sujet des concessions de service public avant d'être étendue aux marchés de fournitures à prestations successives, elle organisa les contrats de l'administration d'après un prisme qui tout à la fois spécifiait les contrats administratifs et justifiait la singularité de leur régime.

Nous estimons que les principes déduits dans l'arrêt [*Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*] s'appliquent non seulement aux traités de concession, mais encore à la plupart des simples marchés de fournitures, en tout cas aux marchés de fournitures continus et multiples passés par l'État ; opposés aux

²⁹⁹ JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard, 1925-1936 (3^e éd., 6 vol.), t. 2 (1930), p. 82.

³⁰⁰ *Id.*, p. 83.

marchés de livraison, aux marchés consistant dans une livraison accidentelle et univoque, et où l'État traite comme un simple particulier³⁰¹.

Gaston JÈZE en fit l'objet d'une note (précitée) amplement développée³⁰². De ce point de vue, les contrats administratifs sont ceux par lesquels les contractants sont véritablement associés au fonctionnement du service public plutôt que ceux rentrant superficiellement en contact avec lui, si bien que les impératifs de continuité et de régularité configurent la singularité de cette collaboration. Ainsi se présentent-ils comme des entreprises par laquelle le contractant de l'administration assume le fonctionnement ou l'approvisionnement d'un service public : il en assume l'aléa économique (d'où est censé résulter son bénéfice) en contrepartie d'une exacte exécution ; bien plus, il s'engage à satisfaire les besoins impromptus du service public, en retour de quoi l'administration lui doit son concours financier lorsque les conditions économiques de l'entreprise en sont bouleversées.

Il y a une distinction primordiale à établir, il y a une gradation que vous avez établie suivant que l'entrepreneur, le fournisseur, collabore plus ou moins directement au service public. À ce point de vue, on remarque, tout en haut de l'échelle, la concession, c'est-à-dire la convention par laquelle un particulier ou une société s'engage, moyennant rémunération sur les usagers, à faire fonctionner le service public, tout comme le ferait l'Administration même ; il y a, en situation intermédiaire, le marché de fournitures à longue durée et à fournitures contraire ou multiples, et, en bas de l'échelle, le simple marché de fourniture isolée, unique, qui se rapproche parfois si bien du contrat privé, qui en adopte si parfaitement les règles et les conditions, que vous le déclarez en dehors de la compétence du juge administratif³⁰³.

Il faut comprendre la dernière phrase en ce sens : « *pour les fournitures uniques passées sans marché, par achat au comptant* » – puisque les marchés de fournitures de l'État sont justiciables de la juridiction administrative au titre du décret du 11 juin 1806. Cette typologie que l'imprévision a exacerbée, est celle qui fut latente dans les dernières années de la Belle Époque et que Léon BLUM s'était efforcée d'exprimer – il faut l'admettre, avec une certaine difficulté.

Pour qu'un marché de fournitures communal soit un contrat administratif, il faut donc qu'il participe, si peu que ce soit, du marché de travaux publics ou du contrat de concession ; il faut qu'il établisse des rapports précis et constants du fournisseur ou de ses agents, soit avec la commune, soit avec le public. Il faut qu'il associe le fournisseur dans une mesure quelconque à la gestion du service. Mais lorsque, au contraire, la seule intervention du fournisseur dans le service public est la livraison elle-même ; lorsque le contact entre la commune et lui ne se prolonge pas après cette livraison ; lorsque le marché, en un mot, n'établit pas entre la commune et le cocontractant des rapports différents de ceux qui

³⁰¹ CORNEILLE Louis-François, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (C.E., 18 février 1918), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 88 ; année 1918), p. 123.

³⁰² JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (C.E., 18 février 1918), in R.D.P. 1918, p. 219.

³⁰³ CORNEILLE Louis-François, Conclusions prononcées sous l'arrêt *FROMASSOL* (C.E., 3 décembre 1920), in R.D.P. 1921, p. 79.

s'établissent entre un particulier quelconque et un marchand quelconque, alors que le contrat sera passé dans les conditions habituelles du commerce, nous nous trouverons dans le cas où la commune ayant agi selon le même mode qu'un simple particulier « se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions ». La compétence n'est plus celle du Conseil d'État, elle est celle des tribunaux³⁰⁴.

Le contrat administratif est celui qui place le contractant de l'administration dans l'intimité du service public à la gestion duquel il est associé. C'est en ce sens que Maurice HAURIOU comprit ces conclusions et qu'il en fit la critique, lorsque le Conseil d'État promut les clauses exorbitantes du droit commun vers la fin des années 1920³⁰⁵.

539. Cette appréhension n'est pas foncièrement incompatible avec celle pour laquelle opte le commissaire du gouvernement RIVET. Elle n'en présente pas moins les contrats administratifs sous une perspective différente. Celle de RIVET caractérise les contrats administratifs à partir des marges, pour des contrats dont la nature est équivoque et qu'il s'agit de rapporter à un étalon qui en réduise l'hétérogénéité ; des contrats au sujet desquels s'opèrent des ajustements de compétence avec l'ordre judiciaire. Celle de CORNEILLE les envisage à partir de la concession de service public, par une décroissance graduelle où celle-ci ne cesse d'être un référent et dont le régime irradie les contrats qui s'y rapportent par extension. Un administrativiste institutionnaliste comme Georges RENARD y fut particulièrement sensible.

Les divers contrats énumérés au texte sont plus ou moins influencés par les conceptions propres du droit administratif, suivant qu'ils associent plus ou moins étroitement le particulier qui les a passés au fonctionnement du service public. Il y a ici des distinctions à établir, non seulement entre les divers types abstraits de marchés (...), mais encore entre les applications concrètes dont ils sont susceptibles (...). Ces distinctions offrent des intérêts pratiques au point de vue de la compétence respective des tribunaux judiciaires et administratifs, des pouvoirs de l'administration vis-à-vis de l'entrepreneur ou du concessionnaire, de la théorie de l'imprévision³⁰⁶.

Bien sûr, la définition que donne Gaston JÈZE des contrats administratifs crédite cette appréhension. Toutefois celle-ci s'étiolera vers la fin des années 1920 pour reconnaître une exclusivité aux clauses exorbitantes. Elle est restée virtuellement latente aux contrats administratifs en perdant de sa prégnance lorsque « *la jurisprudence administrative a changé son fusil d'épaule* » pour considérer seulement le choix fait par

³⁰⁴ BLUM Léon, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges c. Ville de Lille* (C.E., 31 juillet 1912), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 82 ; année 1912), p. 911-912.

³⁰⁵ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *TEMPLIER c. Commune de Sempigny* (T.C., 1^{er} mai 1928), in *Sirey* 1928. 3. 129.

³⁰⁶ RENARD Georges, *Notions très sommaires du droit public français*, op. cit. (1920), p. 23 (note de bas de page n° 3).

l'administration d'employer ou bien la gestion publique, ou bien la gestion privée³⁰⁷. En somme, la promotion de la théorie de la gestion privée s'est substituée à une appréhension qui considérait les contrats administratifs depuis l'analogie qu'ils pouvaient présenter avec la concession de service public, au profit d'une autre qui s'attacha à les caractériser par un clivage avec le droit privé – *via* les clauses exorbitantes. La première conception dont il s'agit s'est développée à propos des règles régissant leur exécution ; la seconde, à propos de la répartition de leur contentieux.

- 540. Le critère des clauses exorbitantes employé à ajuster le contentieux contractuel.** – Sans pousser à la caricature en opposant trop artificiellement les commissaires du gouvernement CORNEILLE et RIVET, tous deux ont saisi les contrats de l'administration quelque peu différemment. Les questions auxquelles le second fut confronté touchèrent moins à l'imprévision qu'à la compétence administrative pour des contrats inusuels. La définition contentieuse qu'il donna à plusieurs reprises du contrat administratif fut toute imprégnée du souci d'adapter la compétence administrative à celles des activités assumées par l'État depuis la Première Guerre mondiale. Le professeur TOUZEIL-DIVINA écrivait que la décision *Société commerciale de l'Ouest africain* (1921) fut l'occasion pour le Tribunal des conflits – au travers de son commissaire du gouvernement Paul MATTER, avocat général à la Cour de cassation –, de désapprouver l'interventionnisme étatique. En cantonnant les activités industrielles et commerciales de l'État dans le contentieux judiciaire, elle fut la négation du service public industriel et commercial³⁰⁸. Or la terminologie même de « service public industriel et commercial » fut employée quelques mois plus tard par le Conseil d'État dans l'arrêt *Société générale d'armement* (1921), rendu sur les conclusions du commissaire du gouvernement RIVET qui y promeut le critère tiré des clauses exorbitantes. S'il est peu loquace sur ces services publics, il s'y étend davantage quelques temps plus tard, en laissant mieux voir la solidarité qu'il y a entre ces services publics en particulier et une définition du contrat administratif fondée sur la présence de clauses exorbitantes.

Si vous êtes arrivés, ces années dernières, à abandonner aux tribunaux civils un certain nombre de litiges se rattachant à la gestion de services publics industriels, et, notamment, – parce que particulièrement susceptibles, en général, d'assimilation avec les litiges privés, – de conflits survenus entre les usagers et les personnes morales exploitantes, vous n'avez consenti à cette réduction de vos attributions que parce qu'elle vous semblait imposée par une conception plus exacte des exigences du principe

³⁰⁷ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *TEMPLIER c. Commune de Sempigny* (T.C., 1^{er} mai 1928), *in Sirey* 1928. 3. 129.

³⁰⁸ TOUZEIL-DIVINA Mathieu, « Eloka : sa colonie, son wharf, son mythe... mais pas de service public ? », *in* KODJO-GRANDVAUX Séverine & KOUBI Geneviève (dir.), *Droit & colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 317 *sq.*

de la séparation des pouvoirs, que parce que la présence, dans un contrat, de clauses exorbitantes du droit commun vous semblait la seule justification véritable de votre intervention. Qu'est-ce à dire, sinon que lorsque, par exception, les conditions de fonctionnement d'un service industriel géré par l'État ou par telle autre personne publique présenteront des signes caractéristiques distincts, qui rendront l'assimilation, habituellement possible, inacceptable, le principe même de la séparation devra vous amener à reprendre vos droits ?³⁰⁹

Le critère de la clause exorbitante paraît mieux approprié pour composer avec des situations où les compétences s'interpénètrent, constituant un saillant loin en avant dans la compétence judiciaire, et réciproquement. Cette incise est le pendant d'un compromis que le Conseil d'État a entrepris de réaliser à propos des services publics industriels et commerciaux, en confiant au juge judiciaire le contentieux de leur fonctionnement lorsqu'il était d'ordre contractuel – sauf les exceptions indiquées par les contrats où des clauses exorbitantes pouvaient y être stipulées.

De même que, dans la gestion d'un service de nature nécessairement et exclusivement publique, telle contestation, relative à un achat de fournitures isolées, effectué sans marché, relèvera naturellement des tribunaux civils, le service industriel non monopolisé et fonctionnant habituellement comme une entreprise particulière pourra, le cas échéant, donner lieu à la passation d'un contrat de physionomie spéciale, dont vous serez amenés à retenir le contentieux³¹⁰.

Au-delà des critères déployés pour définir le contentieux administratif, Maurice HAURIOU discerna avec acuité ce jeu de principes et d'exceptions consistant à reprendre au détail ce qui a été abandonné en gros. Il s'exprima sur cette question après plusieurs arrêts, les uns (précités) sur des contrats d'assurance maritime, les autres sur le ravitaillement pendant la guerre³¹¹ ; l'intrusion de l'État dans des industries considérées comme essentielles à la vie nationale³¹² ; la reconstruction des territoires libérés³¹³ ; *etc.* – ce qu'il désigne en somme comme « *des services publics temporaires* » imposés « *sous la pression des besoins* »³¹⁴.

L'alarme a été chaude, on a pu croire d'abord que *services industrialisés, méthodes industriels de gestion*, cela entraînait nécessairement l'application du droit commun et la compétence de la juridiction de droit commun. (...) Il est bien entendu que l'industrialisation ne sera jamais qu'une légère couche de badigeon passée sur des services qui restent foncièrement administratifs. L'opinion se serait émue de voir une pareille extension de l'intervention étatique dans les matières économiques ; on la tranquillise en habillant l'État

³⁰⁹ RIVET Charles-René, Conclusions prononcées sous l'arrêt *Société « Les affréteurs réunis »* (C.E., 23 mai 1924), in *R.D.P.* 1924, p. 392.

³¹⁰ *Id.*, p. 390.

³¹¹ Cf. les arrêts du Conseil d'État : *Société des moulins brestois & DÉCATOIRE* (29 mai 1925).

³¹² Cf. l'arrêt du Conseil d'État : *DELPIN et autres* (5 novembre 1926) – il s'agissait de l'industrie du jute.

³¹³ Cf. l'arrêt du Conseil d'État : *TRILLER* (7 janvier 1927).

³¹⁴ HAURIOU Maurice, Note sur les arrêts *DELPIN et autres* (C.E., 5 novembre 1926), et *TRILLER* [le *Recueil Lebon* indique *Sieur TRIBLER*] (C.E., 7 janvier 1927) [1927], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 1 (1929), p. 204.

en industriel, mais, derrière le paravent de la réglementation, l'État reprend son véritable costume³¹⁵.

Ce n'est que peu après que Maurice HAURIOU outre le critère des clauses exorbitantes en affirmant catégoriquement que « *la compétence administrative est fondée sur l'emploi de la prérogative* »³¹⁶. Cette systématisation ne doit pas nous dissimuler les ressorts prosaïques qui conduisirent le Conseil d'État à bouleverser la définition contentieuse du contrat administratif. Certes, une décennie de commentaires d'arrêts ont porté les administrativistes à sublimer les conditions étroites de son énonciation, en oblitérant le particularisme des contrats impliqués dans chacun des arrêts pertinents. Par ailleurs, cette décennie oppose à son acmé Maurice HAURIOU et Gaston JÈZE sur la représentation à tenir du droit administratif – entre la puissance publique et le service public. Ces controverses doctrinales ont amené ces auteurs à exacerber leurs opinions pour mieux en marquer l'originalité ; au point – pensons-nous – de les appauvrir en les fixant à quelques formules saisissantes mais réductrices. S'agissant du premier, il s'y prend dès le début des années 1920 à travers une note comme celle relative à l'arrêt *Commune de Montségur* (1921)³¹⁷, pour parachever sa conception en 1927 avec la onzième (et dernière) édition de son précis. Cet aspect des choses est déterminant.

³¹⁵ *Id.*, p. 205-206.

³¹⁶ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *TEMPLIER c. Commune de Sempigny* (T.C., 1^{er} mai 1928), *in Sirey* 1928. 3. 130.

³¹⁷ HAURIOU Maurice, Note sur l'arrêt *Commune de Montségur c. LALANNE* (C.E., 10 juin 1921) [1921], *in Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 1 (1929), p. 2. Nous relevons à cet égard que cette note ouvre cette collection, comme pour marquer l'orientation que Maurice HAURIOU donna à son appréhension du droit administratif.

Section 2. – La systématisation doctrinale du contrat administratif et son assimilation aux discours sur le droit administratif

541. La nouvelle définition donnée au contrat administratif par le Conseil d'État, ajustée à un contentieux administratif réaménagé dans ses contours, fit l'objet d'une systématisation doctrinale dans la même décennie 1920. Au lieu de recouvrir des contrats classiques du droit administratif, cette définition embrassa une plus grande diversité encore de contrats. Bon nombre d'entre eux – et spécialement ceux pour lesquels le contentieux administratif fut bouleversé – confinaient avec le droit privé, si bien que les administrativistes furent enclins à employer un concept générique du contrat administratif. Formellement autonome du droit privé, celui-ci fut situé en vis-à-vis avec le contrat du droit privé, comme un contraire par rapport auquel il ne cessait de se définir (**paragraphe 1**). Cette évolution dans la manière de concevoir le(s) contrat(s) administratif(s) se fait voir dans la composition des ouvrages du droit administratif du premier XX^e siècle. Leur comparaison permet de souligner, par la succession des générations, comment ce sujet doctrinal a été articulé aux représentations faites du droit administratif (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – De la nouvelle définition contentieuse du contrat administratif à son autonomisation vis-à-vis du référent privatiste

542. La réception doctrinale de la jurisprudence administrative : une systématisation graduelle au rythme des notes d'arrêts. – Les notes d'arrêts publiées dans les années 1920 au *Recueil Dalloz* et au *Recueil Sirey* donnent à voir les jalons par lesquels la définition contentieuse des contrats administratifs s'est déterminée au point de vue de la doctrine administrative. En 1924, Achille MESTRE écrit encore que « *l'idée de contrat de droit public est une de ces notions éternellement fuyantes qui défient toute définition précise* »³¹⁸. Si bien que « *le principe qui permettra une répartition rationnelle des compétences [lui paraît devoir] être cherché (...) dans la notion même de service public* »³¹⁹. En estimant que la juridiction administrative s'impose là où l'aménagement et le fonctionnement des services publics se trouvent être l'objet même des litiges, le contrat lui semble devoir opérer une incise au profit de la juridiction judiciaire. Pour le fonctionnement des services publics, les contrats passés avec les usagers sont réputés être analogues à ceux du droit privé.

Seront déferés à la juridiction administrative, parce qu'il s'agit là d'apprécier les conséquences du fonctionnement des services, tous les litiges

³¹⁸ MESTRE Achille, Note sur l'arrêt *Compagnie des transports maritimes c. l'État* (Req., 31 janvier 1923), in *Sirey* 1924. 1. 129.

³¹⁹ *Ibid.*

soulevés (...) entre l'administration et ceux de ses usagers qui n'ont pas besoin de recourir au contrat pour bénéficier du service considéré³²⁰.

Ainsi sa dénonciation du contrat de droit public est-elle dirigée contre une conception qui reconnaîtrait à certains contrats une nature intrinsèquement différente de celle des contrats du code civil. La définition contentieuse du contrat administratif fut une entreprise doctrinale destinée à acculturer le contrat au droit administratif – dans un premier temps par le biais du service public. Il en est de même pour Jean APPLETON – professeur à la faculté de Lyon –, d'après qui le Conseil d'État a « tranché la question de compétence en dehors des textes spéciaux [comprendre la loi du 28 pluviôse an VIII et le décret du 11 juin 1806], par la seule application des principes et de la notion élargie de service public »³²¹. Autrement dit, il se félicite que le Conseil d'État ait renoncé à reconnaître les contrats administratifs en les assimilant aux catégories usuelles comme celle des marchés de fournitures, pour préférer à cette méthode une autre qui fût plus systématique :

La jurisprudence, pour attirer à la juridiction administrative (...) les litiges intéressant les services publics à forme commerciale, a autrefois utilisé d'un autre procédé : elle s'est efforcée de faire entrer, un peu artificiellement parfois, les contrats passés par l'Administration à l'occasion de ces services, soit dans le cadre de ces marchés passés par les ministres « pour le service de leurs départements respectifs » dont le décret du 11 juin 1806 (art. 13 (*sic*)) défère le contentieux au Conseil d'État, soit dans celui des marchés de travaux publics, qui relèvent des conseils de préfecture aux termes de l'art. 4 de la loi du 28 pluv. an 8. (...) Elle s'appuyait ainsi sur des textes positifs qui consacraient, quant à ces contrats, la compétence administrative. Le Conseil d'État, dans l'arrêt rapporté, n'a pas utilisé de ce moyen détourné ; il a abordé de front la difficulté³²².

Cet administrativiste développa plus amplement ce point de vue dans son *Traité élémentaire de contentieux administratif*. Le concept du contrat administratif n'est pas seulement dégagé pour attirer à la compétence administrative des contrats périphériques. Il participe pleinement d'une définition générique par laquelle la diversité des contrats de l'administration est nivelée pour correspondre avec l'acception contemporaine donnée au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire³²³. Ce dont se félicite cet auteur, c'est que le Conseil d'État renonce progressivement à recourir à des catégories propres au droit administratif – comme celles de concession ou de marché –, pour répartir les contrats de l'administration en s'aidant d'une confrontation d'avec le droit privé.

543. Une série d'arrêts intervenue à partir de 1925 réorganise la compétence

³²⁰ *Id.*, p. 130.

³²¹ APPLETON Jean, Note sur l'arrêt *GHEUSI* (C.E., 27 juillet 1923), in *Dalloz* 1923. 3. 58.

³²² *Ibid.*

³²³ APPLETON Jean, *Traité élémentaire de contentieux administratif. Compétence. – Juridictions. – Recours*, Paris, Dalloz, 1927, p. 185 *sq.*

administrative en promouvant plus exclusivement la clause exorbitante comme critère des contrats administratifs. La gêne de certains administrativistes est ostensible ; la critique affleure parfois pour dénoncer la préciosité des règles de compétence qui en découlent – trop casuistiques pour servir de guide aux justiciables. Tel Gaston JÈZE par exemple dans une note précitée³²⁴, et d'autres encore³²⁵. Un discours doctrinal émerge concomitamment pour capter ce soubresaut jurisprudentiel et l'assimiler à une histoire qui en atténue l'originalité. Y est convoqué Édouard LAFERRIÈRE – figure topique du droit administratif et par ailleurs très commode puisque sa doctrine, professée à une époque lointaine, peut être travestie avec discrétion. S'y ajoute la Jurisprudence, véritable allégorie de la Prudence. La convocation de cet acteur atemporel aide à plier les desseins du Conseil d'État en lui assignant des préoccupations qui dépassent vraisemblablement l'horizon des espèces litigieuses sur lesquelles il s'est prononcé. Succinctement : le président LAFERRIÈRE adopta le critère des actes d'autorité et de gestion avant que le Conseil d'État ne l'abandonne pour un critère d'emploi plus commode et surtout plus exact : celui du service public. Reconnaisant son caractère trop extensif, il modifia ce critère pour ramener la compétence administrative à de plus justes proportions – celles indiquées par la gestion publique et la gestion privée. Ainsi par une recherche tâtonnante, faite d'expériences, successivement amendées par de nouvelles audaces, le Conseil d'État serait parvenu aux critères actuels. L'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* préfigure l'excellence du nouveau critère, que le Conseil d'État prit soin de ne pas sanctionner précipitamment. Dans un style narratif où le juge apparaît comme un artisan, l'écart qui isole cet arrêt des années 1920 souligne la prudence dont le Conseil d'État est crédité³²⁶. Gaston JÈZE est l'un des premiers à déployer ce discours historique pour saisir une jurisprudence dont la modernité radicale dénote en proportion le volontarisme du Conseil d'État – véritable acteur d'une « *politique jurisprudentielle* »³²⁷. Cela dit le critère tiré de la clause exorbitante s'impose assez vite, parfois compliqué de la participation directe au service public³²⁸. Une note de Charles BLAEVOET est particulièrement marquante où il y rejette tout critère qui tînt du service public : « *Nous croyons (...) être fondé à prétendre que le but de service public visé par*

³²⁴ Cf. JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société « Les affréteurs réunis »* (C.E., 23 mai 1924), in R.D.P. 1924, p. 385.

³²⁵ Cf. LEBLANC J., Note sur les arrêts *DÉCATOIRE & Société des moulions brestois* (C.E., 29 mai 1925), in *Dalloz* 1926. 3. 21. – TROTABAS Louis, Note sur l'arrêt *MESTRAL* (C.E., 3 juillet 1925), in *Dalloz* 1926. 3. 17. – LEBLANC J., Note sur l'arrêt *DELPRAT et autres* (Civ., 22 novembre 1927), in *Dalloz* 1928. 1. 93.

³²⁶ Cf. par exemple : LEBLANC J., Note sur les arrêts *DÉCATOIRE & Société des moulions brestois* (C.E., 29 mai 1925), in *Dalloz* 1926. 3. 21.

³²⁷ Nous employons cette expression dans un sens analogue à celui consacré par Prosper WEIL dans cet article : « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? » (in *Annales de la faculté de droit d'Aix-en-Provence* 1959, p. 281).

³²⁸ Cf. APPLETON Jean, Note sur les arrêts *MAGNIER c. l'État* (Civ., 2 juillet 1924), *DUJON et AUROUX c. l'État* (Req., 9 février 1926) & *BONSERGENT c. l'État* (Civ., 30 mars 1926), in *Dalloz* 1926. 1. 177.

l'Administration dans ses contrats n'influe aucunement sur la compétence pour connaître des litiges relatifs à ces derniers »³²⁹. Il oblitère les particularités que le service public imprime aux contrats afférents, en les rapprochant des contrats d'adhésion pour lesquels les civilistes ne s'embarrassent d'aucune distinction. En outre, il mobilise des arrêts dont beaucoup sont vieux de plusieurs décennies, si bien qu'ils se prêtent facilement à l'interprétation souhaitée ; tandis que les autres, pour être contemporains, se rapportent à des contrats nullement représentatifs. Cet administrativiste illustre emblématiquement ceux pour qui l'histoire jurisprudentielle est l'arrière-cuisine où les doctrines se font et se défont.

544. D'une systématisation de la jurisprudence à une conceptualisation du contrat administratif par la prédominance des clauses exorbitantes. – À partir de la fin des années 1920, la plupart des notes d'arrêts convergent dans leur manière d'appréhender les contrats administratifs au travers du prisme de la théorie de la gestion privée. Celle-ci n'est plus tant un expédient employé pour consolider la compétence administrative, qu'un mode normal d'administration – en concurrence avec la gestion publique. Et c'est à propos d'un marché de fournitures communales que Maurice HAURIOU se livre à une telle systématisation doctrinale !

La faculté de choix entre les procédés publics et les procédés privés que cette jurisprudence reconnaît aujourd'hui d'une façon très large (...) eût été inconciliable avec une règle faisant rigoureusement découler le caractère du contrat de son lien avec le service. (...)

La jurisprudence administrative a changé son fusil d'épaule et, maintenant, elle fait dépendre la nature administrative du contrat de la forme qui lui a été donnée par les parties³³⁰.

Le critère tiré des clauses exorbitantes étaye le primat accordé à cette doctrine « *qui veut que les administrations aient un certain choix entre les moyens publics et les moyens privés pour la gestion de certains de leurs services publics* »³³¹.

Puisqu'on peut, à son choix, changer la nature du contrat par les clauses qu'on y insère, cela revient à dire qu'on peut, à son choix, employer le moyen public ou le moyen privé, du moins dans une certaine mesure³³².

Appuyée « *à la vérité fondamentale [suivant laquelle] la compétence administrative est fondée sur l'emploi de la prérogative* »³³³, son appréhension des contrats administratifs fait corps avec une certaine représentation du droit administratif. Les contrats administratifs usuels ne se distinguent plus des contrats administratifs périphériques – tels les

³²⁹ Cf. BLAEVOET Charles, Note sur le jugement *Dame veuve GIRARDOT c. l'État* (Aisne, 27 décembre 1926), in *Dalloz* 1928. 2. 116.

³³⁰ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *TEMPLIER c. Commune de Sempigny* (T.C., 1^{er} mai 1928), in *Sirey* 1928. 3. 129.

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid.*

³³³ *Id.*, p. 130.

marchés de fournitures communaux –, avec lesquels ils incarnent un mode d'action générique. C'est d'ailleurs cette décision qui eût dû figurer en lieu et place de l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. Le Tribunal des conflits s'y prononce en ces termes :

Considérant que les contrats ou les quasi-contrats de fournitures communaux constituent, à moins de disposition législative contraire, des actes de droit privé relevant, en cas de contestation, de l'autorité judiciaire ; qu'il n'en est autrement que lorsqu'ils contiennent des clauses dérogatoires au droit commun leur imprimant un caractère administratif³³⁴.

À cette occasion, Maurice HAURIOU situe l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* dans une perspective qui, pour n'être pas beaucoup partagée par ses contemporains, nous paraît plus exacte au point de vue historique, en même temps qu'elle lui permet de critiquer la compétence administrative fondée sur le critère du service public. Ainsi le doyen toulousain écrit-il :

[L'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*] ébaucha une distinction entre les marchés destinés à assurer des services publics, tels par exemple que les transports par autobus, et ceux qui ne tendent point par eux-mêmes à assurer un service. Cette distinction était éminemment fragile, car elle reposait sur la question de savoir si un marché de fourniture assurait *par lui-même* d'une façon directe et spéciale un service public déterminé, ou bien s'il ne servait qu'à contribuer de loin au fonctionnement des services généraux. (...) Fondé sur une nuance aussi délicate, le *critérium* était impraticable³³⁵.

À l'instar de nombreux autres administrativistes, il érige un principe de compétence applicable à tous les contrats de l'administration, alors pourtant que le critère des clauses exorbitantes résulte originellement de contentieux résiduels. En l'occurrence, celui des marchés communaux, qui depuis le XIX^e siècle échoit par principe à la juridiction judiciaire. Bien sûr, depuis la fin des années 1890 la jurisprudence administrative avait tempéré cette attribution judiciaire en compliquant la distribution des compétences de certaines dérogations, de sorte à attirer à la juridiction administrative certains de ces contrats³³⁶. Aussi Maurice HAURIOU se félicite-t-il en 1928 d'une inclination prétorienne qu'il appelait de ses vœux. Plus encore, celle-ci lui paraît corroborer une entreprise de redéfinition du contentieux administratif. Il interprète la préoccupation du Conseil d'État de maîtriser son rôle, comme une politique jurisprudentielle destinée à arrimer le principe de la compétence administrative au critère de la puissance publique.

³³⁴ Tribunal des conflits, *TEMPLIER c. Commune de Sempigny* (1^{er} mai 1928), in PANHARD Adrien (dir.), *Recueil des arrêts du Conseil d'État...*, op. cit. (2^e série, t. 98 ; année 1928), p. 545.

³³⁵ HAURIOU Maurice, Note sur la décision *TEMPLIER c. Commune de Sempigny* (T.C., 1^{er} mai 1928), in *Sirey* 1928. 3. 129.

³³⁶ Maurice HAURIOU – encore – y fut particulièrement sensible en en rendant compte dans les éditions successives de son précis, notamment à partir de la cinquième (*Précis de droit administratif et de droit public général, à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Larose, 1903 (5^e éd.), p. 710, note de bas de page n° 4).

Depuis quelques années, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État, dans le but d'alléger le plus possible le contentieux administratif, s'attachent aux stipulations du cahier des charges et cela aussi bien pour les marchés de l'État ou des colonies que pour ceux des départements et communes. (...)

Ainsi la volonté administrative devient capable de déterminer la compétence selon que les stipulations du marché manifestent ou non de la Puissance publique.

Le critérium tiré jusqu'ici du service public disparaît et il s'avère que le service public peut être assuré par des moyens de droit privé³³⁷.

Pareillement, plusieurs administrativistes inclinaient aussi à ne plus départager les fournitures locales des fournitures faites à l'État. Ce qu'il y a de subversif à cette occasion, c'est le fait de rapporter *tous* les marchés de fournitures au nouveau critère³³⁸. L'idée même d'un (ou plusieurs) critérium(s) pour l'identification des contrats administratifs consomme cette évolution. La nouvelle appréhension qui en découle ne tient plus à des catégories définies à partir de textes cardinaux, mais à une formule contentieuse généralisée à tous les contrats de l'administration. Achille MESTRE accuse en 1940 l'aboutissement de cette jurisprudence longue de plusieurs décennies.

Désormais en matière de fournitures, la compétence administrative se justifiera non plus par le jeu autonome du décret de 1806, mais par une raison de principe. Le texte ne jouera que dans la mesure où son application apparaîtra comme commandée par la règle de la séparation des pouvoirs. En d'autres termes, parmi les fournitures faites à l'État, certaines relèveront des tribunaux judiciaires, celles qui seront effectuées dans les conditions du droit commun ; d'autres, au contraire, donneront lieu à un contentieux administratif : ce seront celles dans lesquelles apparaîtra la volonté pour l'administration de se placer sur le terrain du droit public³³⁹.

Les marchés de fournitures de l'État sont l'exemple topique de cette réorganisation par laquelle les catégories usuelles des contrats administratifs ont été bouleversées pour être assimilées à une définition générique – une définition contentieuse qui embrasse une multiplicité hétérogène de contrats.

545. À ce titre, la note d'Achille MESTRE³⁴⁰ constitue un témoignage édifiant de la genèse de la théorisation des contrats administratifs. Ce n'est pas dire que son auteur y développe – à notre sens – une historiographie rigoureusement exacte. Avec le

³³⁷ HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif...*, op. cit. (11^e éd., 1927), p. 856.

³³⁸ Cf. par exemple : WALINE Marcel, Note sur l'arrêt *Société méridionale et algérienne des vins c. Département de la Creuse* (Ch. réunies, 26 février 1930), in *Dalloz* 1931. 1. 85.

³³⁹ MESTRE Achille, Note sur l'arrêt *Bureau international de l'édition musico-mécanique* (C.E., 21 janvier 1938), in *Sirey* 1940. 3. 11.

³⁴⁰ Au sujet d'Achille MESTRE (1874-1960), nous disposons de peu d'informations biographiques. Le *Dictionnaire historique des juristes français* l'ignore curieusement. Indiquons néanmoins une courte notice d'Arnaud DEFLOU publiée sur le site de la Société française pour le droit international. Achille MESTRE a commencé sa carrière universitaire à la faculté de Lille (1899-1900) avant de revenir à Toulouse où il y avait fait ses études de droit. À partir de 1922, il enseigne à la faculté de Paris jusqu'à la Libération où il est écarté de ses fonctions.

tropisme auquel échappent trop difficilement les acteurs du droit qui souhaitent se faire tout à la fois historiens, il présente le rythme de cette évolution en soulignant l'importance des années de l'Entre-deux-guerres.

La guerre de 1914 a amené l'État à conclure une série de contrats inusités ; il s'agissait de pourvoir au ravitaillement des populations, à l'affrètement ou à l'assurance des navires. Nombre de ces contrats posèrent de graves problèmes de compétence d'autant plus difficiles à résoudre que d'habitude ils ne concernaient pas des fournitures³⁴¹.

Peut-être le recul lui permet-il d'apprécier le développement de la jurisprudence administrative avec plus de hauteur. Nous serions plutôt tenté par cette hypothèse, d'après laquelle la jurisprudence s'étant fixée, il fut plus aisé pour les administrativistes d'en rendre compte par une terminologie qui fût moins immédiatement empruntée au Conseil d'État. En l'occurrence, Achille MESTRE désigne les contrats administratifs par la présence de clauses exorbitantes, comme des contrats administratifs « *par manifestation de volonté* »³⁴².

[L'administration] jouit (...) d'une pleine autonomie de la volonté, analogue à celle des contractants qui, en droit international privé, peuvent à leur gré choisir la loi applicable et qui comportent pour elle le droit de soumettre ses contrats, à l'empire de l'un ou de l'autre des deux systèmes de droit : le droit civil ou le droit administratif³⁴³.

En conclusion de sa note, il propose une définition du contrat administratif qui insiste sur cette idée de « volonté de l'administration ».

Est administratif, tout contrat qui révèle, par l'ensemble de ses clauses, l'intention pour l'administration de se placer sur le terrain du droit public³⁴⁴.

En soi, cette formulation recouvre la théorie de la gestion privée – doctrine suivant laquelle l'administration est libre d'employer des procédés du droit privé pour le fonctionnement des services publics, comme elle l'est d'employer des procédés du droit public, le cas échéant en introduisant au sein de ses contrats des clauses exorbitantes du droit commun qui, pour n'être pas débattues par son cocontractant, n'en restent pas moins approuvées par celui-ci. Cela étant, son appréhension des choses nous paraît faire système avec ce que soutiennent nombre des administrativistes alors les plus en vue – lesquels exprimeraient une opinion doctrinale prédominante, pour ne pas dire exclusive sur le sujet. En s'interrogeant sur les « *contrats administratifs par nature* », cette locution paraît à Achille MESTRE historiquement dépassée car désormais inutile. Elle n'eût servi qu'à « *fonder sur une raison de principe la compétence administrative encore vivement contestée et de soumettre ainsi à la juridiction du Conseil d'État une série d'opérations qui présenteraient un caractère administratif* ».

³⁴¹ *Id.*, p. 10.

³⁴² *Id.*, p. 11.

³⁴³ *Id.*, p. 10.

³⁴⁴ *Id.*, p. 12.

indéniable »³⁴⁵. Désormais « *l'expression même de "contrat administratif" (...) est passée (...) dans la langue courante* »³⁴⁶, si bien que son emploi est plus libre, moins contraint par les résistances qui lui furent autrefois opposées jusque tard dans les années 1920-1930. En insistant sur la volonté de l'administration de se placer sur un régime de droit public, il adhère à la théorie des contrats administratifs formalisée par Gaston JÈZE (achevée en 1936). De surcroît il explicite une idée sous-jacente à cette théorie, et qui subvertit discrètement les conceptions auxquelles elle s'est substituée. Au lieu d'être comme auparavant un procédé contraignant pour l'administration, le contrat administratif définit le cadre d'une alternative quant à son mode d'action. Il consiste dorénavant en un procédé juridique par lequel l'administration se place délibérément sous l'empire du droit administratif.

546. La conceptualisation des contrats administratifs : une privatisation des contrats de l'administration par la publicisation du contrat. – L'œuvre de Marcel WALINE³⁴⁷ est peut-être plus significative à cet égard, car mieux encore que les notes d'Achille MESTRE elle explicite – à la même époque – les enjeux sous-jacents à la conceptualisation des contrats administratifs. Pour s'en faire une idée, il ne suffit pas de repérer la ou les définitions qui en ont été proposées. Il faut aussi analyser comment la théorie correspondante s'agence rigoureusement à une représentation donnée du droit administratif. C'est pourquoi nous souhaitons étudier son manuel qui est le dernier paru (en se référant aux éditions *princeps*) de ceux de l'Entre-deux-guerres³⁴⁸. À l'inverse de tous ses contemporains³⁴⁹, Marcel WALINE développe dans son ouvrage une théorie des obligations où prennent place les contrats administratifs³⁵⁰. Autrement il envisage les contrats principaux suivant un ordre plus classique : les concessions à propos de l'organisation des services publics ; les marchés de travaux publics et de fournitures à propos du domaine public. Quoi qu'il en soit, l'originalité de sa démarche est notable et d'autant plus intéressante qu'en émanant d'un auteur plus jeune que les autres, elle traduit une privatisation

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ *Id.*, p. 9.

³⁴⁷ Au sujet de Marcel WALINE (1900-1982), voir la notice biographique que lui consacre le professeur CLÈRE dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi que « Le printemps de la jeune recherche » consacré à cet auteur et publié à la R.F.D.A. (2014, p. 145 *sq.*).

³⁴⁸ Cf. au sujet de cet ouvrage, l'article de M. SOUVIGNET : « Le *Traité élémentaire* de Marcel WALINE, "vecteur du droit administratif moderne" » (in R.F.D.A. 2014, p. 174).

³⁴⁹ S'agissant des ouvrages consacrés au droit administratif pris dans son ensemble, certains furent conçus avant 1914 et réédités dans l'Entre-deux-guerres. Nous pensons à ceux d'Henry BERTHÉLEMY (*Traité élémentaire de droit administratif*), Maurice HAURIOU (*Précis de droit administratif et de droit public*), Gaston JÈZE (*Principes généraux du droit administratif*), ainsi qu'aux manuels – moins connus et rarement cités – de René FOIGNET (*Manuel élémentaire de droit administratif*) et Maurice JOURNÉ (*Précis de droit administratif*). D'autres ouvrages ne furent conçus que dans les années 1920, savoir ceux de Roger BONNARD (*Précis élémentaire de droit administratif*) et Louis ROLLAND (*Précis de droit administratif*).

³⁵⁰ Il ne remania son plan en abandonnant cette théorie des obligations qu'en 1957, dans la septième édition de son manuel – entre temps intitulé : *Traité élémentaire de droit administratif*.

latente de la théorie des contrats administratifs.

Le mécanisme de formation du lien contractuel reste toujours le même, en droit administratif comme en droit privé. Mais ce sont les effets du contrat qui diffèrent³⁵¹.

En soi, il n'est pas le premier, ni le seul à l'affirmer à la même époque. Achille MESTRE est tout autant explicite sur la finalité qu'il impute à cette théorie : l'enjeu de sa formalisation est de mieux situer les contrats de l'administration vis-à-vis du droit civil, au sein d'une représentation dans laquelle le droit administratif « *est une adaptation des règles générales du droit civil aux nécessités administratives* »³⁵².

La notion de contrat administratif est tout à fait intéressante et importante parce qu'elle réalise l'adaptation nécessaire au droit administratif d'une théorie générale du droit civil, la théorie des contrats ; sur ce point, en matière contractuelle, le droit administratif, en établissant sa théorie du contrat administratif, reste fidèle à la ligne générale de son évolution qui est d'adapter à la situation spéciale des administrations publiques les règles générales du droit qui sont posées par le droit civil³⁵³.

De même, André HAURIOU ne paraît-il pas avoir soutenu une conception bien différente³⁵⁴. Pour autant, Marcel WALINE inscrit dans l'ordonnancement de son plan la parenté qu'il attribue aux contrats administratifs avec la théorie des obligations en droit civil³⁵⁵. Il confère à cette appréhension une médiatisation et une cohérence

³⁵¹ WALINE Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1936 (1^{re} éd.), p. 579.

³⁵² MESTRE Achille, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours de contentieux administratif dispensé à la faculté de Paris pour le diplôme d'études supérieures de droit privé (1930-1931) sur le thème : *Le contentieux des contrats administratifs*], Paris, Les cours de droit, 1931, p. 10.

³⁵³ *Id.*, p. 9-10.

³⁵⁴ André HAURIOU l'affirme elliptiquement en conclusion d'un article : « *D'autres exemples de transposition en droit administratif [que celui des délégations], des règles et principes du droit privé pourraient être donnés, à propos par exemple, (...) des contrats ou des quasi-contrats administratifs* » (« L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, *op. cit.*, t. 3 (1934), p. 99).

³⁵⁵ Cette originalité ne doit pas être exagérée. Elle s'apprécie au regard des ouvrages publiés, laissant dans l'ombre les cours dispensés par les professeurs de droit administratif. Pour autant, il faut admettre que la portée d'un ouvrage tel que celui Marcel WALINE n'est pas celle d'un cours oral dactylographié pour l'usage des étudiants. Il s'inscrit dans les canaux de l'édition juridique, lorsque les cours sténographiés sont diffusés par des réseaux constitués autour de et par la faculté (cf. RICHARD Guillaume, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris, Dalloz, 2015 (thèse de doctorat, université de Paris-Ouest-Nanterre-La Défense), p. 99 *sq.*). Les opportunités de diffusion – au travers des librairies, des bibliothèques, des sociétés savantes, *etc.* – et leur mise en forme, confèrent aux premiers une valeur de référent qui les insère *de facto* dans la Bibliothèque administrative. Le discours doctrinal trouve une ampleur autrement considérable en s'articulant à un réseau discursif par lequel se véhiculent et se confrontent les autorités doctrinales. D'un autre côté, nous voyons aussi qu'un cours oral, pour n'être pas nécessairement reproduit, influence les générations d'étudiants auxquelles il est professé. Quoi qu'il en soit, Marcel WALINE, vers la même époque, n'est pas le seul à rapprocher le droit administratif du droit civil, à l'aune duquel il mesure sa spécificité. Pour ne prendre qu'un exemple, le cours qu'assuma à la faculté de Paris Achille MESTRE – pour la deuxième année de licence (à partir de 1933), en remplacement de Henry BERTHÉLEMY qui prit son congé en retraite – organise un plan qui s'inspire ostensiblement des *Institutes* de GAIUS : les contrats administratifs y prennent place parmi les « *droits des personnes administratives* », aux côtés des actes unilatéraux. Cf. de cet auteur : *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour la deuxième année de licence (1933-1934)], Paris, Les cours de droit, 1934.

doctrinale qui amplifie une opinion au demeurant partagée par quelques-uns de ses contemporains. D'après celle-là, il n'y a toujours qu'un seul genre de contrat, car un contrat résulte toujours du concours de plusieurs volontés. Seulement leurs régimes juridiques respectifs se singularisent selon qu'il s'agisse de contrats du droit privé ou de contrats administratifs.

547. Si la singularité des contrats administratifs tient moins à leur nature intrinsèque qui les différencie des contrats privés, qu'au(x) régime(s) juridique(s) au(x)quel(s) ils sont soumis, Marcel WALINE le justifie – sans originalité³⁵⁶ – par l'inégalité des contractants, seule à même de fonder cette dualité de régimes. À notre sens, cette manière de penser la ségrégation des contrats administratifs dénote la prégnance de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Mettre en exergue cette caractéristique, c'est partager les contrats en les distinguant selon ce qui les détermine : le concours de volontés libres et égales. Concevoir les contrats administratifs comme des contrats qui organisent l'inégalité des parties, c'est en donner le sens à l'aune d'une acception privatiste du contrat, ou plus exactement en correspondance avec une certaine idée du droit privé – à l'instar d'Achille MESTRE selon qui : « *Cette égalité, c'est l'âme même du droit civil et c'est en cela que le droit administratif s'oppose au droit civil* »³⁵⁷. En clivant cette dichotomie autour de la doctrine de l'autonomie de la volonté, Marcel WALINE les expose d'après l'écart que les contrats administratifs font surgir avec les contrats du droit privé. Autrement dit, c'est ne leur reconnaître d'existence possible qu'à travers cette symétrie inversée.

Tout se passe *comme si* l'une des volontés était supérieure à l'autre, était plus respectable. Le principe fondamental de l'égalité des contractants est renversé. (...)

[Pourtant ajoute-t-il plus loin], on ne peut admettre qu'une volonté soit en soi supérieure à une autre : toutes les volontés humaines se valent³⁵⁸.

Plus loin il s'en explique :

À vrai dire, ce n'est qu'indirectement que les contrats administratifs produisent des effets pratiques inconnus en droit privé ; cet effet essentiel de tous les contrats administratifs ou civils, c'est de déclencher, à l'encontre ou au profit des contractants, l'application de certaines règles légales, d'un statut légal. (...) La conclusion d'un marché de travaux publics n'a pas d'autre effet immédiat que de déclencher l'application des règles légales (ou jurisprudentielles) qui définissent les droits et obligations de l'entrepreneur de travaux publics³⁵⁹.

³⁵⁶ Cf. par exemple le cours (précité) d'Achille MESTRE : *Répétitions écrites de droit administratif* [cours de contentieux administratif dispensé à la faculté de Paris pour le diplôme d'études supérieures de droit privé (1930-1931) sur le thème : *Le contentieux des contrats administratifs*], *op. cit.* (1931), p. 19-24.

³⁵⁷ *Id.*, p. 19.

³⁵⁸ WALINE Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1936), p. 583 (c'est nous qui soulignons).

³⁵⁹ *Id.*, p. 584.

En d'autres termes, le contrat administratif tient sa nature particulière de ce que l'administration décide de mobiliser un corps normatif autonome de celui du code civil ; l'administration tient une situation hégémonique parce que la Loi l'y autorise et que son contractant, le cas échéant, l'accepte. Quelques années plus tard, il s'explique :

Les publicistes, qui ont renié la doctrine de l'autonomie de la volonté créatrice de droits et d'obligations, ont été jusqu'au bout de leur pensée : à cette volonté, ils ont substitué la loi comme source des droits. Les civilistes, dont la foi en l'autonomie de la volonté est très ébranlée, en paraissent tout décontenancés, et l'on dirait qu'ils ne savent que mettre à sa place³⁶⁰.

Le positivisme juridique qui infuse sa doctrine³⁶¹ ne doit pas dissimuler qu'en concevant le droit administratif comme « *un régime d'exception par rapport au droit privé* »³⁶², il en justifie toujours la spécificité à l'aide du droit commun, auquel il ramène d'ailleurs les théories qui lui sont spéciales. Certes, il n'est pas le seul à spécifier le contrat administratif comme un contrat au sein duquel il y a une inégalité entre les parties. Seulement cette conception prend un accent particulier en étant articulée à une théorie administrative des obligations qui accuse plus encore cette idée qu'elle dérive du droit civil.

548. Le contrat administratif d'après WALINE : un contrat qui subvertit la doctrine de l'autonomie de la volonté au nom de la Loi. – La manière même dont Marcel WALINE pense la théorie des contrats administratifs au travers d'un positivisme légaliste, dénote une inclination pour la doctrine de la déclaration de volonté. La différence de régimes juridiques s'explique à son sens par l'objet particulier des contrats administratifs : l'intérêt public – « *du fait que la personne administrative, par l'organe de ses agents, a contracté dans le but de gérer un service public* »³⁶³.

Mais le but poursuivi par les parties contractantes est, par hypothèse, une intention purement subjective qui ne peut être connue si elle ne se révèle par des signes extérieurs. (...) L'intention véritable des contractants n'est pas toujours facile à découvrir. Aussi la jurisprudence doit-elle s'aider de critères capables de la guider dans cette recherche. Ces critères ne peuvent naturellement être que formels, c'est-à-dire tirés soit de la personnalité des contractants, soit des clauses mêmes du contrat³⁶⁴.

En un sens, le contrat administratif est un contrat d'adhésion pour lequel la Loi sanctionne l'inégalité des situations. Pour actionner ce régime, l'administration n'a

³⁶⁰ WALINE Marcel, *L'individualisme et le droit*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1945 (1^{re} éd.), p. 211.

³⁶¹ Il reconnaît lui-même les emprunts faits à Raymond CARRÉ DE MALBERG (cf. *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, 1933) et Hans KELSEN (cf. « La théorie juridique de la convention », in *Archives de philosophie du droit* 1939-1940, p. 33).

³⁶² WALINE Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, op. cit. (1^{re} éd., 1936), p. 10.

³⁶³ *Id.*, p. 585.

³⁶⁴ *Ibid.*

qu'à vouloir, pourvu qu'elle manifeste ostensiblement son intention – concrètement en y insérant des clauses exorbitantes du droit commun. La préoccupation qui prédomine dans cette doctrine est celle de désigner les contrats pour lesquels un but d'intérêt public commande l'application de prérogatives susceptibles d'introduire une inégalité entre les contractants. Elle consiste donc à circonscrire au plus près les écarts que le droit administratif fait subir à la théorie générale des obligations. Sur ce qu'implique ce régime juridique spécifique aux contrats administratifs, il y a bien peu de choses³⁶⁵. Marcel WALINE évoque rapidement la théorie de l'imprévision à propos de l'extinction des obligations. Il est un peu plus exhaustif lorsqu'il traite des principaux contrats administratifs : les marchés de travaux publics et de fournitures, les marchés de transports, les concessions de services publics et celles de travaux publics, enfin les offres de concours. Quant aux autres – c'est-à-dire « *les contrats innomés* » –, ils « *ne méritent pas d'étude spéciale* »³⁶⁶. Pour le reste, les principaux contrats sont traités de manière éparse dans son ouvrage : le marché de travaux publics, la concession de service public et la concession de travaux publics sont étudiés séparément ; les autres sont rassemblés sous sa théorie des obligations. Les uns ici, les autres là. Marcel WALINE est avant tout préoccupé par le *critérium* des contrats administratifs : « *Car, lorsqu'on sait pourquoi l'administration dispose de ces prérogatives, on sait par là même quand elle en dispose* »³⁶⁷.

549. En somme, il développe une théorie des obligations qui, du point de vue des contrats, présente un aspect performatif. La définition générique des contrats administratifs est une définition contentieuse, puisque les régimes juridiques qu'il leur impute sont particuliers à chacun d'entre eux. Ces contrats ne sont toujours que ceux pour lesquels le droit administratif reconnaît une spécificité vis-à-vis du droit privé. Ce dont sa doctrine est emblématique, c'est qu'elle assimile une jurisprudence administrative abondante qui s'est essentiellement souciée de donner une définition contentieuse aux contrats administratifs. Alors qu'elle fut provoquée par des contrats inusuels, Marcel WALINE, après d'autres administrativistes, l'a pourtant employée à une définition générique qui embrasse jusqu'aux contrats classiques du droit administratif. Dans son manuel, aucune mention de cette évolution prétorienne ; cette théorie à la formalisation de laquelle il participe expurge les scories qui peuvent témoigner de la manière dont les contrats administratifs ont été conçus jusque dans les années 1920. D'où une définition *a minima* qui porte davantage sur le mode de l'action administrative que sur son caractère. Dès lors, les contrats administratifs usuels sont attirés à une définition au cadre de laquelle ils ne participent qu'assez peu.

³⁶⁵ Ce n'est qu'à partir de la sixième édition (1950) de cet ouvrage que Marcel WALINE consacra quelques développements aux « *règles communes à tous les contrats administratifs* ».

³⁶⁶ *Id.*, p. 588.

³⁶⁷ *Id.*, p. 584.

Leurs régimes juridiques sont l'œuvre de la Loi (ou de la jurisprudence), sans qu'ils ne soient davantage typés. L'unité qui transparaît au premier abord paraît formelle, car elle n'est constituée qu'à partir d'une œuvre prétorienne qui s'est intéressée à des contrats inusuels et nullement caractéristiques de l'action contractuelle de l'administration. Les contrats classiques sont envisagés par Marcel WALINE suivant un ordre d'exposition à peu près similaire à celui retenu par ses contemporains, c'est-à-dire d'après une conception des contrats de l'administration qui ne correspond pas à l'inédit que revendique pourtant cette théorie des contrats administratifs. Telle qu'elle est fragmentée dans les faits, cette théorie continue d'appréhender comme autant de régimes particuliers, les principes formalisés depuis le début du XX^e siècle à l'endroit des contrats passés pour le fonctionnement des services publics. La théorie générale des contrats administratifs de Marcel WALINE indique le sens d'après lequel elle fut conçue : elle est avant tout une théorie contentieuse. En outre, celui-ci rapproche les contrats administratifs des contrats privés que rien ne distingue, sinon les effets juridiques qui leur sont respectivement attachés. Si ce n'était l'inégalité des parties que consacrent les contrats administratifs, ceux-ci ne semblent pas plus éloignés des contrats civils que ne le sont les contrats commerciaux. Cela étant dit, cet administrativiste a davantage assimilé cette inclination doctrinale en en développant les termes, qu'il ne l'a initiée. Il ne faut pas considérer cet auteur indépendamment de ceux qui le précèdent. Dernier de ceux qui ont publié un ouvrage de droit administratif avant la Seconde Guerre mondiale, il achève une évolution doctrinale plutôt qu'il ne l'a provoquée. L'édition *princeps* datant de 1936, le plan de son manuel saisit plus librement les termes contemporains de la théorie des contrats administratifs, alors que ne lui coexistent que des rééditions d'ouvrages dont les plus récents datent de 1926. Par ailleurs, il incarne une génération de juristes qui a moins contribué à la genèse du contrat administratif (dans les années 1920), qu'elle ne l'a consacrée en lui conférant une forme. C'est pourquoi nous avons préféré l'étudier en premier, pour mieux apprécier ses prédécesseurs. Nous pensons en particulier – mais pas seulement – à Roger BONNARD et Louis ROLLAND, lesquels témoignent d'une approche plus classique.

Paragraphe 2. – Mise en perspectives des évolutions doctrinales touchant les contrats de l'administration sur le premier XX^e siècle³⁶⁸

550. Les derniers auteurs classiques de l'Entre-deux-guerres : BONNARD &

ROLLAND. – Avant même de se rapporter à Gaston JÈZE, nous souhaitons évoquer deux autres administrativistes : Roger BONNARD³⁶⁹ & Louis ROLLAND³⁷⁰ qui publièrent tous deux un précis en 1926. Les éditions successives marquent les jalons d'une mise en discours du contrat administratif que le manuel de Marcel WALINE est venu ponctuer suivant une forme originale. Ces auteurs incarnent un classicisme encore prégnant qui consiste à articuler les contrats administratifs à la compétence administrative ; à l'organisation des services publics, pour ce qui concerne les concessions de services publics ; et au domaine public, pour ce qui concerne les marchés administratifs. La localisation de l'attention doctrinale autour de ces trois contrats ne traduit pas tant un conservatisme dans la manière de penser les contrats de l'administration, qu'elle n'illustre la qualité assimilatrice des contrats précités et la signification toute contentieuse du contrat administratif proprement dit. La disposition de leur plan corrobore ce que nous avons discerné. La définition du contrat administratif est une définition contentieuse et générique : elle fut destinée à ajuster le contentieux administratif en départageant des contrats inusuels à l'administration, dont l'assimilation de quelques-uns au contentieux administratif a contrasté avec les contrats plus classiques du droit administratif. Au-delà de cet aspect, les contrats administratifs n'ont pas été appréhendés de telle sorte qu'ils permettent de caractériser les modes contractuels de l'administration au travers d'une théorie propre. Ils ont continué à être présentés comme un mode de gestion dont le sens ne fut intelligible qu'à l'aune de ce à quoi il se rapporte. Ainsi, Roger BONNARD étudie les marchés de travaux publics et de fournitures sous une partie consacrée à la théorie générale des services publics administratifs, à laquelle s'articule un chapitre sur le domaine public³⁷¹. Louis ROLLAND les analyse dans une partie consacrée aux moyens de l'administration, où s'y regroupent un chapitre sur le domaine, un autre

³⁶⁸ Pour un éclairage oblique sur les ouvrages de droit administratif général publiés dans l'Entre-deux-guerres, cf. LACHAUME Jean-François, « De quelques préfaces de précis et manuels de droit administratif de l'Entre-deux-guerres », in [collectif], *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud MAZÈRES*, Paris, Litec, 2009, p. 447.

³⁶⁹ Au sujet de Roger BONNARD (1878-1944), voir la notice biographique que lui consacre le professeur BIGOT dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi que « Le printemps de la jeune recherche » consacré à cet auteur et publié à la R.F.D.A. (2015, p. 175 sq.).

³⁷⁰ Au sujet de Louis ROLLAND (1877-1956), voir les notices biographiques que lui consacrent le *Dictionnaire des juristes ultramarins* (2012) et le *Dictionnaire historique des juristes français* (2015), ainsi que le n° 4 de la *Revue méditerranéenne de droit public* (2016) où y sont rapportées les « Journées Louis ROLLAND, le méditerranéen ». Nous mentionnons l'article de M. BÉZIE : « Louis ROLLAND : théoricien oublié du service public » (*in* R.D.P. 2006, p. 847).

³⁷¹ Roger BONNARD modifie substantiellement son plan dans la troisième édition (1940) de son précis en cessant notamment de rapporter l'étude du domaine à une théorie générale des services publics administratifs.

sur les réquisitions, puis un dernier sur les marchés. L'étude des concessions de service public révèle au contraire une divergence d'appréciation. Le premier, en les rapportant auprès des établissements publics dans une partie sur « *les modes spéciaux d'organisation des services publics* », soulignent l'appréhension institutionnelle à laquelle il les soumet. Tandis que le second les emploie à mettre en exergue cette idée de collaboration qui soutient sa théorie des services publics. Aussi envisage-t-il successivement « *le personnel fonctionnaire employé en régie* », puis « *le personnel non fonctionnaire des services publics* » – parmi lesquels les concessionnaires occupent la plus grande part de ses développements³⁷². Cette différence sensible sur la manière d'appréhender les services publics, l'une institutionnelle et l'autre fonctionnelle, ne doit pas dissimuler ce qui les rapproche dans une opposition avec des auteurs plus anciens – tels Maurice HAURIOU & Henry BERTHÉLEMY. Ces derniers traitent de la concession – plus exactement la concession de travaux publics – parmi les modes de réalisation des travaux publics, c'est-à-dire dans une partie consacrée au domaine public. C'est par son truchement que la concession de service public est envisagée. La dernière édition du *Précis de droit administratif et de droit public*, édition posthume réalisée par son fils, André HAURIOU³⁷³, marque bien la césure qu'il y a entre les auteurs des années 1900 (c'est-à-dire ceux qui ont publié un ouvrage dont l'édition *princeps* avoisine le début du XX^e siècle) pour qui la concession de service public s'est dégagée des travaux publics ; et ceux des années 1920 qui en rendent compte comme d'une option pour l'organisation des services publics. André HAURIOU bouleverse quelque peu le plan du précis de son père, en traitant de la concession de service public à proprement parler dans une partie sur « *les procédés de gestion publics des services publics* », où dès lors elle se rapproche de la régie. Ainsi le chapitre sur la concession de travaux publics est-il vidé des développements que Maurice HAURIOU consacrait en réalité à la concession de service public. À ce titre, Gaston JÈZE affiche une incontestable originalité en optant pour cette partition dès 1914, dans une édition profondément remaniée de ses *Principes généraux du droit administratif*. Ou plutôt sont-ce Louis ROLLAND et Roger BONNARD qui se sont alignés, chacun à leur manière, sur une doctrine attirée au concept du service public.

551. Ce qui distingue Roger BONNARD et Louis ROLLAND s'accroît néanmoins par le jeu d'une lecture élargie de leur ouvrage respectif. Le premier donne une configuration ferme à son plan dès la deuxième édition (1935) de son précis en y

³⁷² Louis ROLLAND rapproche dans une section adjacente les fonctionnaires de fait et les réquisitionnés – comme autant d'illustrations hétéroclites de cette collaboration des particuliers au fonctionnement des services publics.

³⁷³ À cet égard, nous pensons qu'il est regrettable que la réédition (2002) du *Précis de droit administratif* de Maurice HAURIOU ait porté sur une édition dont le plan fut remanié par rapport au plan original – le dernier en date étant celui de la onzième édition (1927).

insérant sa théorie des droits publics subjectifs³⁷⁴. En réintroduisant les droits subjectifs dans une théorie objectiviste inspirée de celle de DUGUIT, il souligne cette conflictualité latente entre les interventions de l'État et les droits des administrés, placée sous l'égide de la justice administrative. Si les différents aspects de l'activité administrative – autorités administratives, personnels, domaines, et organisations spéciales des services publics – sont appréhendés avec un certain classicisme, nous l'attribuons à cette résolution d'opter pour une approche institutionnelle particulièrement adéquate pour saisir le pouvoir administratif d'après ce que ses émanations peuvent avoir de coercitives à l'endroit des administrés. Pour sa part, Louis ROLLAND développe au fur et à mesure des éditions successives de son précis une théorie résolument attachée aux services publics³⁷⁵. Il ne s'essaye pas tant à expliciter ce que le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut avoir de redoutable, qu'à exposer les ressources institutionnelles et humaines employées au fonctionnement des services publics. En ce sens, il développe avec une certaine originalité l'infrastructure normative sur laquelle les services publics s'organisent, de même qu'il indique la convergence ou bien la compénétration des actions publiques et privées déployées pour leur fonctionnement. Cette orientation le conduit à une présentation inédite – quoique pour nous assez commune –, qui au travers d'une « *théorie des actes administratifs* » met en rapport la diversité des actes administratifs. Il mûrit cette appréhension dans les éditions successives pour opposer dans la huitième édition (1943) les « *décisions administratives exécutoires* » aux « *contrats de l'administration* ». Il y a dans cette démarche l'esquisse de notre conception contemporaine qui rapproche l'étude des contrats administratifs à celle des actes administratifs unilatéraux, dans une partie généralement consacrée aux actes de l'administration³⁷⁶. Certes, il n'en continue pas moins à approfondir le sujet au travers des contrats classiques, situés épars dans le plan. Cependant, soucieux qu'il est de présenter les actes administratifs à l'aune des services publics pour la finalité desquels ils sont pris et qui rétroagissent en en déterminant la teneur, Louis ROLLAND organise une typologie dont l'objet n'est pas de résumer quelques-unes des principales règles auxquelles les contrats de l'administration sont assujettis, ni même d'en donner une définition contentieuse. Placée en avant de son ouvrage, elle incarne cette idée que les contrats administratifs articulent un régime juridique commun dont l'existence réfléchit leur destination : les services publics. Il en note l'empreinte sur l'action contractuelle de l'administration. Cela étant dit, il nourrit à cet égard peu d'illusions :

³⁷⁴ Il faut souligner que Roger BONNARD publie en 1932 un article fondamental dans l'élaboration de sa doctrine : « Les droits publics subjectifs des administrés » (*in R.D.P.* 1932, p. 695).

³⁷⁵ Cf. à ce propos un article de M. MEYER, publié dans un numéro de la *Revue méditerranéenne de droit public* consacré à Louis ROLLAND (2012, n° 5) : « Relire le *Précis de droit administratif* aujourd'hui ? ».

³⁷⁶ Le *Traité de droit administratif* (2011, 2 vol.) publié sous la direction des professeurs GONOD, MELLERAY & YOLKA en est un exemple parmi d'autres.

Il n'existe pas de textes d'ensemble concernant le régime des contrats administratifs. Pour avoir une vue d'ensemble des règles constituant ce régime, on doit se reporter aux textes relatifs à certains contrats déterminés. Il faut ensuite se reporter aux pratiques. (...)

Il convient enfin de se référer aux clauses particulières des divers contrats. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que, pour déterminer le régime des contrats administratifs, on utilise les dispositions du Code civil³⁷⁷.

552. L'esquisse par ROLLAND des linéaments d'une théorie des contrats administratifs, extraite de sa théorie des services publics. – Certes, son collègue parisien, Gaston JÈZE entreprit une démarche analogue bien plus conséquente : lorsque Louis ROLLAND y consacra deux pages, celui-là s'y attarda sur trois volumes. Nulle comparaison n'est possible de ce point de vue. Cela étant dit, Gaston JÈZE articule sa *Théorie générale des contrats de l'administration* (1934-1936)³⁷⁸ au reste de son œuvre comme une pièce autonome. En forçant le trait, elle n'est à vrai dire qu'une excroissance d'une des théories développées dans le troisième tome (1926) de ses *Principes généraux du droit administratif*³⁷⁹. La théorie des contrats administratifs est présentée comme une théorie spéciale à celle autour de laquelle se règle la collaboration des particuliers au fonctionnement des services publics. Sa *Théorie générale des contrats de l'administration* en est un approfondissement. Louis ROLLAND aussi envisage les diverses concrétisations de collaboration en traitant du fonctionnement des services publics – envisageant d'une part le personnel fonctionnaire, d'autre part le personnel non-fonctionnaire parmi lesquels les concessionnaires. À cette occasion il fait allusion aux contrats administratifs. En revanche, les modestes développements qu'il consacre ailleurs, dans une théorie des actes administratifs, présentent cette originalité de condenser les linéaments d'un régime juridique dont la pertinence découle de sa cohérence avec les principes cardinaux des services publics. Il ne s'agit ni de les définir, ni de faire un exposé exhaustif de leurs régimes juridiques ; le lecteur avisé y voit plutôt un écho aux « lois » du service public qu'il traite quelques pages auparavant. Ces principes essentiels aux contrats administratifs sont une déclinaison du régime général aux « services publics proprement dits » envisagés peu avant. L'« obligation pesant sur les gouvernants de pourvoir au bien commun » leur confère des « prérogatives n'appartenant pas aux

³⁷⁷ ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1943 (8^e éd.), p. 49.

³⁷⁸ La *Théorie générale des contrats de l'administration* (1934-1936) de Gaston JÈZE est le sous-titre des trois derniers volumes des six qui composent ses *Principes généraux du droit administratif* (1925-1930). Il recouvre en substance les quatre volumes de son ouvrage : *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics* (1927-1936), lequel procède de ses cours dispensés entre 1925 et 1936 en troisième de licence à la faculté de Paris.

³⁷⁹ Le troisième tome des *Principes généraux du droit administratif* de Gaston JÈZE, consacré au fonctionnement des services publics (1926, 3^e éd.), comporte en son sein deux chapitres sur « La collaboration des particuliers au fonctionnement des services publics », dont l'un embrasse les théories générales afférentes, l'autre les contrats administratifs. Le premier, développé à partir d'un cours dispensé en 1922, traite succinctement des contrats administratifs ; le second, développé à partir d'un cours dispensé en 1925, y consacre l'essentiel de ses développements.

particuliers»³⁸⁰ ; de même « pour assurer l'exécution du contrat [administratif], l'Administration dispose de moyens d'action n'appartenant pas aux particuliers »³⁸¹. Au vu de l'importance reconnue aux services publics, ils sont conçus comme « des entreprises régulières et continues ». Ainsi « de cette continuité nécessaire des services publics, les conséquences sont multiples. À elle, par exemple, se rattach[e] (...) la théorie de l'imprévision [spéciale aux contrats administratifs] »³⁸². En outre, les « règles d'organisation et de fonctionnement [des services publics] peuvent toujours être modifiées à tout moment par l'autorité publique compétente » ; de même, « en cours d'exécution, la personne morale de droit public a souvent la faculté de modifier les dispositions du contrat [administratif], d'imposer à son co-contractant des obligations supplémentaires ou de modifier les obligations à lui imposées »³⁸³. La mutabilité des services publics peut encore être rapprochée de la prérogative dont l'administration dispose pour « mettre fin unilatéralement au contrat [administratif], [et pour] résilier en certains cas le contrat de sa propre volonté, et sans l'intervention du juge »³⁸⁴. Nous discernons dans ce parallèle filé la préoccupation de conférer à ce que l'on a appelé depuis les « lois de ROLLAND », un rayonnement qui touche jusqu'aux actes entrepris pour le fonctionnement des services publics, et dont la synthèse n'est pas purement déclarative, comme alanguie par la généralité de ces propositions³⁸⁵. Bien sûr, Gaston JÈZE affirma plus fort encore cette idée d'après quoi les contrats administratifs accusent jusque dans leur régime juridique les nécessités imposées par les services publics. Pourtant, il suggère toujours que les contrats administratifs sont une assimilation, par les marges, du contrat de droit privé par un droit administratif centré sur les services publics. Louis ROLLAND autorise selon nous une interprétation sensiblement différente, suivant quoi les contrats de l'administration partagent avec les actes unilatéraux les modes d'action ordinaire de l'administration pour le fonctionnement des services publics. Les contrats relèvent naturellement du droit administratif sans qu'ils apparaissent comme le fruit d'une acculturation d'un concept privatiste.

- 553.** L'articulation de la théorie des contrats administratifs à notre représentation du droit administratif n'est pas le fruit d'un progrès sans cesse s'affinant. Elle procède d'une succession d'entreprises doctrinales – souvent concurrencées dans le même temps par d'autres – qui ont déplacé subrepticement la manière de les appréhender. Un

³⁸⁰ ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, op. cit. (8^e éd., 1943), p. 15-16.

³⁸¹ *Id.*, p. 50.

³⁸² *Id.*, p. 16.

³⁸³ *Id.*, p. 50.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ Il semble avoir mûri cette doctrine en même temps qu'il remplaça Achille MESTRE pour le cours de droit administratif de licence – pour l'année universitaire 1940-1941. Il y présente les actes de l'administration d'après cette même perspective qui confronte les décisions exécutoires aux contrats de l'administration. Cf. ROLLAND Louis, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour la deuxième année de licence (1940-1941)], Paris, Les cours de droit, 1941).

auteur comme Louis ROLLAND les envisagea génériquement comme un ressort normatif employé au fonctionnement services publics, et spécialement – c'est-à-dire dans la singularité de chacun – comme un moyen gestionnaire placé à la disposition de l'action administrative. Sans en bouleverser la teneur, Jean RIVERO préféra traiter des contrats administratifs comme un procédé juridique complétant l'action unilatérale de l'administration, plutôt que de les rapporter à la logistique en les rapprochant du domaine public, comme d'un moyen aidant à la concrétisation matérielle de l'action administrative³⁸⁶. En son temps (1943), Louis ROLLAND admettait que pour dégager un régime juridique commun aux contrats administratifs, il était nécessaire de « *se reporter aux textes relatifs à certains contrats déterminés* »³⁸⁷, savoir : les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures essentiels, ainsi que les concessions de service public. Autrement dit, il convenait de se référer à des développements particuliers à chacun d'eux, généralement situés en fin d'ouvrages pour les marchés. La démarche d'un Jean RIVERO a consommé l'initiative de celui-ci en rassemblant sous un même chapitre tout ce qui les intéressait. Il n'en reconnaissait pas moins que les règles applicables aux contrats administratifs dans leur généralité procédaient des contrats « *les plus anciens, et les plus importants* »³⁸⁸, dont le marché de travaux publics est « *en quelque sorte, le doyen, et dans une large mesure le prototype de tous les autres contrats administratifs* »³⁸⁹. Il ramena cependant leur singularité à un corps doctrinal dont l'unité pût être le pendant aux actes administratifs unilatéraux. Il ne fut pas le premier à développer une théorie des contrats administratifs. Georges VEDEL le précéda en ce sens³⁹⁰. Celui-ci persévéra néanmoins à la rapporter parmi les moyens de l'administration, près des travaux publics – c'est-à-dire comme un procédé gestionnaire. Il n'adopta une présentation similaire à celle de Jean RIVERO que plus tard, dans la quatrième édition de son *Droit administratif* (1968). Marcel WALINE, en 1957, les devança tous deux. Nous reviendrons sur les raisons de cette concordance qui se fit en une décennie. Du reste il ne s'agit pas de rechercher un initiateur qui eût été imité. Par le rapprochement de ces diverses initiatives, il est question de montrer au contraire que notre appréhension moderne du contrat administratif résulte de la réception, par générations successives, d'un héritage doctrinal sans cesse évoluant, sur lequel vinrent souvent s'exercer des expérimentations destinées à l'y conformer suivant les préoccupations contemporaines. Si nous soulignons l'apport de Jean RIVERO, il ne doit pas éclipser ses contemporains – Marcel WALINE, Georges VEDEL ou André de LAUBADÈRE – qui publièrent également des ouvrages de vulgarisation de droit administratif. De

³⁸⁶ Jean RIVERO participa à la publication posthume de la dernière édition du précis de Louis ROLLAND en la préfaçant (1957), puis lui succéda dans la collection « *précis* » des éditions Dalloz.

³⁸⁷ ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, op. cit. (8^e éd., 1943), p. 49.

³⁸⁸ RIVERO Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960 (1^{re} éd.), p. 91.

³⁸⁹ *Id.*, p. 501.

³⁹⁰ Cf. VEDEL Georges, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1958-1959 (1^{re} éd., 2 vol.).

même dans les années 1930, les administrativistes paraissent consacrer pour le cours de deuxième année de licence des développements plus amples sur les contrats administratifs. La difficulté d'accès aux sources ne nous permet pas de nous en faire une idée exhaustive, ni même forcément représentative – mais une idée à tout le moins suggestive. Achille MESTRE qui succéda à Henry BERTHÉLEMY à la faculté de Paris, traita des droits des personnes administratives sous lesquels il examina les contrats et les actes unilatéraux³⁹¹. L'internationaliste Marcel SIBERT qui le remplaça spécialement pour l'année 1937-1938 leur consacra également toute une partie sur les sept qui composent son cours³⁹². La recherche d'un « père » peut en outre nous éloigner de ce qui pour nous constitue l'essentiel : discerner les perspectives sur lesquelles notre théorie des contrats administratifs s'est historiquement alignée ; déterminer les préoccupations immédiates qui ont nourri ce dynamisme doctrinal dont elle fut tributaire.

- 554. Les administrativistes de la génération 1900 : une exposition du droit administratif qui accuse l'inertie des mutations doctrinales.** – Henry BERTHÉLEMY et Maurice HAURIOU ont tous deux publié l'édition *princeps* de leurs ouvrages de référence entre 1890 et 1900. Nonobstant une doctrine qui n'a pas cessé d'être révisée au cours des éditions successives de son précis, le second n'en a jamais bouleversé l'architecture générale. La terminologie pour en rendre compte a certes évolué. Pourtant, les divers contrats de l'administration ont toujours été envisagés parmi les « *moyens de gestion des services publics* » – pour emprunter la formulation employée dans la dernière édition publiée de son vivant (1927)³⁹³. Ainsi les concessions de service public y sont-elles envisagées au travers des concessions de travaux publics, sous un chapitre naturellement consacré aux travaux publics ; à la suite de quoi se rapportent les marchés de fournitures. Cela ne l'a pas empêché de développer des idées originales sur les concessions de service public. L'intitulé des titres ne doit pas tromper sur la teneur des développements qu'ils recouvrent. Nous l'avons déjà indiqué : les transformations apportées par André HAURIOU qui souhaita donner au lecteur « *un plan rationnel et simple* »³⁹⁴, laissent entrevoir l'évolution des

³⁹¹ D'après les programmes des plans de cours de la faculté de Paris, publiés aux éditions Domat-Montchrestien, Achille MESTRE adopta cette méthode dès la première année (1932-1933) où il dispensa un cours de droit administratif aux étudiants de licence (cf. en ce sens lesdits programmes conservés aux Archives nationales : AJ/16/1781). Sa reproduction dactylographiée par les éditions « Les cours de droit » en témoigne au surplus pour l'année universitaire 1933-1934 (cf. *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour la deuxième année de licence (1933-1934)], *op. cit.* (1934)).

³⁹² Cf. SIBERT Marcel, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour la deuxième année de licence (1937-1938)], Paris, Les cours de droit, 1938.

³⁹³ Le recueil de ses notes d'arrêt dont la parution fut achevée par son fils peu après son décès, articule les commentaires suivant un axe d'exposition qui s'inspire précisément du plan de son *Précis de droit administratif*. Les contrats administratifs y sont traités ensemble avec l'expropriation et les travaux publics.

³⁹⁴ HAURIOU Maurice (mis à jour par André HAURIOU), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris,

conceptions entre ces deux générations – celle du père et celle du fils³⁹⁵. Aussi celui-ci traita-t-il spécialement de la concession de service public dans un chapitre distinct des travaux publics, en déplaçant l'essentiel du propos vers une partie consacrée aux « procédés de gestion publics des services publics », en confrontation avec le procédé de la régie. La différence ne doit pas être exagérée, et pourtant elle aide à se représenter l'évolution graduelle de la doctrine administrative, au rythme des générations successives qui se sont systématiquement libérées des présentations usuelles de leurs prédécesseurs pour leur en substituer d'autres qui fussent davantage conformes aux enjeux contemporains. L'histoire de la théorie des contrats administratifs en porte incontestablement les marques. De la même façon, un auteur plus tardif – Georges RENARD – développe une doctrine pleine de pénétration sur les marchés administratifs, suivant une présentation des plus classiques qui les rapprochent des travaux publics³⁹⁶. Avec de fortes singularités, Henry BERTHÉLEMY se rapproche également de Maurice HAURIOU, en joignant les contrats de l'administration à l'étude du domaine et des travaux publics. Nous ferons les mêmes observations au sujet de trois manuels bien moins connus et dont l'ordonnancement se rapproche beaucoup du *Traité élémentaire de droit administratif* de BERTHÉLEMY, savoir : le *Manuel élémentaire de droit administratif* de René FOIGNET (1893)³⁹⁷ ; le *Précis élémentaire de droit administratif* de Maurice JOURNÉ (1904)³⁹⁸ ; et les *Notions élémentaires de droit administratif* de Fernand BERNARD (1907). Les deux premiers paraissent avoir été répétiteurs – en droit administratif et d'autres matières publicistes. Nous les citons sans nous y attarder, car leurs ouvrages présentent surtout une valeur scolaire. Ces administrativistes qui forgèrent leur représentation du droit administratif dans l'avant-guerre ont ainsi conservé aux contrats administratifs une conception proche de celle du XIX^e siècle. Ils sont davantage appréhendés comme des moyens employés à l'action administrative qu'ils ne sont articulés à une théorie des actes juridiques de l'administration. Nonobstant les divergences parfois très profondes qui peuvent opposer ces auteurs, tous les ont rattachés à une préoccupation d'ordre gestionnaire. Ce par contraste avec leurs successeurs qui préférèrent – graduellement – les concevoir comme une technique juridique. Cette approche des ouvrages didactiques du droit administratif du premier XX^e siècle nous permet d'apprécier l'inertie que la littérature administrative oppose à la diffusion d'une théorie doctrinale. Ce qui ne

Sirey, 1933 (12^e éd.), p. xix.

³⁹⁵ En reprenant la publication du *Précis élémentaire de droit administratif* (1925) de son père, André HAURIOU modifia son plan dans le même sens. La troisième édition (1933) paraît être sortie avant la douzième édition (1933) du *Précis de droit administratif et de droit public*, si bien qu'elle conserve le plan original de Maurice HAURIOU. À l'inverse, l'édition suivante (1938) intègre les modifications apportées par André HAURIOU dans celui-ci.

³⁹⁶ Cf. RENARD Georges, *Cours élémentaire de droit public : droit constitutionnel, droit administratif, droit financier*, Paris, Recueil Sirey, 1922, p. 178.

³⁹⁷ Cet ouvrage a connu jusqu'à vingt-deux éditions dont la dernière date de 1943.

³⁹⁸ Cet ouvrage a connu deux autres éditions, l'une en 1922, l'autre en 1925.

signifie pas que les auteurs fassent preuve de conformisme. Au contraire, les administrativistes de l'Entre-deux-guerres témoignent d'une activité doctrinale féconde. Seulement, leurs efforts s'épanouissent dans le cadre de représentations qui, sans être statiques, n'évoluent pas au même rythme. Sans être la règle générale, les plans des ouvrages sont assez peu modifiés au fur et à mesure des rééditions successives – peut-être pour ménager le lectorat d'un dépaysement qui le détournerait. Dans cette section, nous avons exposé comment la doctrine administrative a conceptualisé le contrat administratif dans les années 1920, en soulignant l'influence de cette systématisation doctrinale sur la manière dont les contrats administratifs ont été articulés aux représentations du droit administratif. Dans la section suivante, nous souhaiterions expliciter les ressorts sous-jacents à cette théorisation.

Section 3. – La théorie du contrat administratif : au croisement entre publicisation du contrat et privatisation du contrat administratif

555. La conceptualisation des contrats administratifs a été largement tributaire des réaménagements dont les limites du contentieux administratif ont fait l'objet dans les années 1920. La manière dont il a été pensé s'en ressent : sa définition a été conçue pour être opérationnelle au point de vue de la détermination des compétences juridictionnelles. Autrement dit, le profil par lequel il se laisse saisir met en évidence certains aspects propres à le distinguer des contrats ressortissant à la juridiction judiciaire (**paragraphe 1**). À cet effet, les clauses exorbitantes ont été présentées comme l'un des critères – sinon le critère – du contrat administratif. Cette forme d'opposition entre contrats privés et contrats administratifs indique d'après quels desseins la théorisation de ces derniers a été entreprise. En assimilant le contrat au droit administratif, le contrat administratif s'est d'autant plus rapproché du contrat (de droit privé) qu'il ne se distingue que par la mobilisation d'un critère formel (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Un contrat administratif essentialisé à travers l'inégalité (juridique) des relations contractuelles

556. **Les contrats de l'administration pris dans l'intense activité doctrinale de la fin des années 1920.** – Il faut considérer que les années 1925 à 1927 sont pour la doctrine administrative une période d'un grand dynamisme : Léon DUGUIT acheva la seconde édition de son *Traité de droit constitutionnel* (1923-1925) et entama la troisième (1927-1930) ; Louis ROLLAND et Roger BONNARD conçurent chacun un précis (1926) ; Jean APPLETON publia son *Traité élémentaire de contentieux administratif* (1927) ; BERTHÉLEMY fit paraître la onzième édition de son traité (1926-1927), HAURIOU la onzième édition de son précis (1927 – la dernière parue de son vivant) et Gaston JÈZE, les deux premiers tomes de la troisième édition de ses *Principes généraux du droit administratif* (1925-1926) auxquels s'ajoute le premier tome de son traité sur les contrats de l'administration (1927). Par ailleurs, ce dernier adressa à la revue roumaine de droit public (*Revista de Drept public*) un article auquel Maurice HAURIOU répondit avec verve (1926). L'un consacré au « Service public », l'autre à « La puissance publique et le service public » (repris en préface de la onzième édition de son précis), cette controverse sur les concepts cardinaux du droit administratif arqua la doctrine administrative autour de deux antagonismes³⁹⁹ – dont l'histoire que l'on relate sur le droit administratif outra un peu plus la caricature. Le doyen toulousain

³⁹⁹ Cf. BIGOT Grégoire, « Les failles conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », in R.F.D.A. 2008, p. 1.

qui vitupère contre Gaston JÈZE – cet « *enfant terrible de l'école* [du service public] »⁴⁰⁰ –, insiste tant et si bien sur la valeur matricielle de l'idée de puissance publique, que sa théorie de l'institution s'y fait plus discrète. Pourtant, c'est par elle qu'il conclut pour souligner l'originalité du droit administratif français. Notre doctrine administrative garde en mémoire cette dualité scolastique – l'école du service public et celle de la puissance publique –, non pas tant par rigueur historique que pour étayer les fondements dont elle actualise encore le droit administratif.

HAURIOU, DUGUIT au seuil du Temple de la Doctrine administrative,
leurs deux statues se dressent toujours⁴⁰¹.

L'histoire doctrinale du contrat administratif en a considérablement pâti. Ce ne serait toujours qu'entre ces deux récifs que ce contrat pût trouver une existence « scientifique » ; comme de Charybde en Scylla, il est tombé dans l'ornière de cette alternative appauvrie à force d'être usée, et il semblerait qu'en son dehors il fût impossible de trouver quoi que ce soit qui permît de l'appréhender autrement. La genèse du droit administratif moderne nous est souvent présentée par une opposition dont les tenants et les aboutissants sont d'ordre scolastique. Il en va de même pour le contrat administratif dont la consécration est résolument attachée à ces idées de service public et de puissance publique. D'aucuns ont conduit des travaux historiques en recherchant lequel de ces deux critères – dont l'idée doctrinale est pourtant contemporaine du premier XX^e siècle – a pu caractériser les contrats de l'administration au XIX^e siècle⁴⁰². D'autres ont conclu à l'inexistence d'une science des contrats administratifs au XIX^e siècle, après avoir considéré qu'aucun de ces deux critères n'y fut alors employé – ni par la jurisprudence administrative, ni par la doctrine administrative⁴⁰³. Les développements qui suivent tendent précisément à mettre en exergue que notre appréhension moderne du contrat administratif résulte non pas tant d'un progrès doctrinal, mais d'une polarisation des contrats de l'administration autour des prérogatives de puissance publique. À terme, nous nous emploierons à démontrer que la compréhension dans laquelle nous tenons le contrat administratif en est demeurée captive – ce en analysant la doctrine administrative des années 1950-1960 sur laquelle nous concluons⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ HAURIOU Maurice, « La puissance publique et le service public », in *Revista de drept public* 1926, p. 367.

⁴⁰¹ RIVERO Jean, « Préface », in SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du doyen HAURIOU au droit administratif français*, op. cit. (1966), p. i.

⁴⁰² Nous pensons entre autres aux thèses d'Henry-François Kœchlin (*Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830 : étude de jurisprudence*, 1945), René Chapus (*Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1953) et Claude Goyard (*La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, 1960).

⁴⁰³ Nous pensons tout particulièrement à la thèse du professeur Plessix (*L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, 2003), à laquelle M. Sarlandie de La Robertie (*Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif*, 2012) adhère largement, même s'il tempère certaines conclusions à l'aune de la thèse réalisée entre temps par le professeur Touzeil-Divina (*Le doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, 2007).

⁴⁰⁴ Cf. le chapitre 3, titre IV, seconde partie (spéc. la section 3).

557. L'assimilation du contrat au droit administratif par le prisme oblique du contentieux administratif. – L'œuvre originale que la doctrine administrative d'avant-guerre a conçu au sujet des contrats passés pour les services publics se dilua au travers des ajustements que subit le contentieux administratif dans les années 1920. La théorie prétorienne de l'imprévision exacerba les réflexions qui leur furent consacrées dans les dernières années de la Belle Époque. Le commissaire du gouvernement CORNEILLE s'en inspira très certainement pour organiser une typologie des contrats fondée sur l'intimité dans laquelle le contractant est placé vis-à-vis du service public. Après l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (1918) sur lequel il conclut, il donna à cette doctrine un éclat encore plus net dans l'arrêt *FROMASSOL* (1920) – corroborant en cela la doctrine énoncée par Gaston JÈZE peu avant⁴⁰⁵ :

Il y a une distinction primordiale à établir, il y a une gradation que vous avez établie suivant que l'entrepreneur, le fournisseur, collabore plus ou moins directement au service public⁴⁰⁶.

La modélisation d'une partition clivée sur la collaboration aux services publics ne fut pas tant traversée par des préoccupations contentieuses, que par d'autres tendues à singulariser le régime juridique de ces contrats. La théorie de l'imprévision en fut bien souvent l'emblème – mise en avant par tous ceux qui furent intéressés à marquer l'irréductibilité de leur régime par rapport aux dispositions du code civil. Quelques études spéciales furent réalisées au sujet de ladite théorie ; des études essentiellement jurisprudentielles⁴⁰⁷. D'autres auteurs en revanche décadrèrent les réflexions en s'interrogeant sur la modification des contrats passés par l'administration⁴⁰⁸, parmi lesquels Phédon VEGLERI. Son propos n'est pas celui d'abstraire un régime juridique duquel pût s'induire une nature *sui generis* des contrats administratifs ; mais au contraire celui d'apprécier le pouvoir de l'administration en un sens qui permît de réaffirmer le caractère purement contractuel de ces actes. Ses développements sur leur nature sont édifiants car ils explicitent la doctrine de Gaston JÈZE.

Il n'y a pas, répétons-le, de pouvoir modifiant ; il n'y a pas de prérogative de modification existant au profit des agents publics pour les contrats qu'ils ont passés. Il y a, d'une part, le fait de la modification directe par l'administration de ses contrats, fait illégitime et contraire au droit. (...) Et il y a, d'autre part, le phénomène très complexe, en vérité de la

⁴⁰⁵ Cf. son article intitulé : « Le régime juridique des marchés de service public » qui vint commenter l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (*in* R.D.P. 1918, p. 219).

⁴⁰⁶ CORNEILLE Louis-François, Conclusions prononcées sous l'arrêt *FROMASSOL* (C.E., 3 décembre 1920), *in* R.D.P. 1921, p. 79.

⁴⁰⁷ Nous pensons en particulier à celle de Raphaël ALIBERT – maître des requêtes au Conseil d'État – qui réalisa une étude positive de la jurisprudence administrative relativement à la théorie de l'imprévision : *L'imprévision dans les concessions de services publics. L'évolution des faits et l'adaptation de la théorie depuis 1916* (Paris, Juris-Classeurs, 1924). André BOSC ajouta une contribution complémentaire : « La théorie de l'imprévision en matière de concessions de services publics et la jurisprudence du Conseil d'État » (*in* R.D.P. 1926, p. 411).

⁴⁰⁸ Cf. BOSC André, « Des conséquences juridiques des mesures législatives ou réglementaires tendant à modifier l'exécution des contrats administratifs », *in* R.D.P. 1927, p. 177.

répercussion de l'accomplissement normal de la mission des agents publics, sur les situations contractuelles⁴⁰⁹.

L'appréhension qui y est faite des prérogatives de l'administration tempère la particularité des contrats administratifs en posant la question lancinante de leur force obligatoire. En fait, cette démonstration renvoie à un cadre de pensée assez proche de celui de l'avant-guerre : les contrats de l'administration n'y sont pas conçus comme s'ils fussent foncièrement différents de contrats du code civil ; les modifications qu'y apporte indirectement l'administration s'expliquent par l'exercice d'un pouvoir réglementaire qu'elle ne saurait aliéner vis-à-vis de ses contractants. En fait, indépendamment des controverses que l'imprévision suscita au sujet du contrat en tant que tel, et qui traversèrent de part en part la doctrine juridique en affectant particulièrement les civilistes, cette théorie ne contribua qu'assez modestement à la conceptualisation des contrats administratifs. Bien sûr elle permit d'en souligner l'originalité, voire de discerner à leurs propos un régime juridique irréductible au droit privé. Toutefois les efforts entrepris pour sa conceptualisation sont survenus concomitamment, en réaction à la redéfinition de la compétence administrative. Ils vinrent obliquer les réflexions suscitées par l'imprévision pour les y accaparer en leur assignant une portée dont elles sont restées captives ; une portée toute indiquée par le contrat lorsque précisément, certaines s'évertuaient à en discuter la pertinence en droit public. Il y a ceci de surprenant que les thèses entreprises de l'Entre-deux-guerres visèrent la théorie de l'imprévision, ou bien la définition contentieuse du contrat administratif, sans jamais – sinon à la marge – faire converger ces perspectives au travers d'une théorie d'ensemble.

- 558. Les travers d'une définition contentieuse du contrat administratif : la mise en exergue de l'inégalité des situations.** – Si l'on en juge d'après la littérature doctorale de l'Entre-deux-guerres, le contrat administratif suscita de vives interrogations à propos de sa définition contentieuse plutôt qu'au sujet de son (ses) régime(s) juridique(s). Exception faite des thèses entreprises sur des contrats spécifiques – essentiellement les concessions de travaux et de services publics⁴¹⁰ –, toutes celles qui ont traité des contrats administratifs en tant que tels l'ont fait au point de vue de la compétence administrative – et spécialement celle du Conseil d'État. La conceptualisation des contrats administratifs – dans les années 1920 – répond pour une large part à des préoccupations afférentes à l'économie

⁴⁰⁹ VEGLERI Phédon Th., *Des modifications apportées par l'administration à ses contrats (étude de jurisprudence administrative)*, Paris, Jouve & C^{ie}, 1927 (thèse de doctorat ; faculté de Paris ; présidée par JÈZE, professeur de droit administratif), p. 32.

⁴¹⁰ Cf. en sens les thèses (précitées) de RIEU (*De la nature juridique des concessions de travaux publics*, 1923), REDEUILH (*Nature juridique de la concession de service public*, 1925), BLONDEAU (*La concession de service public. Étude d'histoire du droit administratif*, 1929) et COMTE (*Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public : un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, 1934).

institutionnelle de la juridiction administrative. Quelques-uns – de plus en plus rares il faut admettre – contestèrent encore à la juridiction administrative le contentieux contractuel qui lui était échu, tel Paul DOUYSET⁴¹¹. Pour être exact, ce contentieux n'y est pas l'objet propre de son attention. Il ne sert qu'à démontrer l'inanité de la juridiction administrative et l'impossibilité de séparer rationnellement le contentieux judiciaire du contentieux administratif – juridiction monarchique dont la raison d'être s'est perdue avec l'avènement de la Troisième République. Cela étant, son choix d'appliquer sa démonstration au contentieux contractuel atteste de ceci : ce contentieux est encore le biais par lequel la juridiction administrative est le plus facilement décriée ; si les contrats administratifs font l'objet d'une mise en discours qui les assimile au droit administratif, ils subissent le coup d'une contradiction – certes ténue – adressée à une juridiction en mal de réforme. En s'attachant presque toutes à démontrer l'existence des contrats administratifs, les thèses réalisées à la suite de celle de Paul DOUYSET indiquent suffisamment qu'ils ne correspondent pas à un concept que la doctrine administrative pût se contenter de recueillir. Sa formalisation résulte pour une large part d'essais engagés pour conférer au contentieux administratif des contours modernes auxquels une juridiction administrative pût se conformer. Nous avons précédemment explicité que dans les années de l'avant-guerre, la doctrine publiciste repoussait, sinon marginalisait le contrat du champ du droit public, comme redoutable pour son autonomie ; que ce rapport même au contrat fut qualifiant du droit public et structurant de son identité. La démarche d'un Gaston JÈZE qui, après un article sur les marchés de services publics (1918), consacra une attention sans cesse croissante aux contrats de l'administration a de quoi surprendre. En 1914 encore, il se récriait contre cette locution tout juste propre à instiller la confusion parmi des publicistes soucieux d'affirmer une représentation du droit administratif sur des fondements propres. Cette inflexion doit conduire à nous s'interroger sur l'usage doctrinal que firent les administrativistes du contrat ; et de déterminer la fonction doctrinale qu'ils assignèrent au contrat administratif dont ils formalisèrent le concept moderne.

559. Les thèses entreprises sur les contrats administratifs dessinent un faisceau convergent de préoccupations : ils n'accaparent l'attention de jeunes doctorants qu'au regard de leurs définitions contentieuses. Ce sont d'ailleurs des études essentiellement jurisprudentielles ; si parfois quelques opinions doctrinales y sont convoquées, c'est rarement avec détermination. Ce tropisme se comprend aisément lorsque l'on admet que l'objet de ces travaux consiste précisément à saisir une jurisprudence sinueuse, dont les arrêts ne se prêtent qu'à une interprétation malcommode, toujours

⁴¹¹ DOUYSET Paul, *Du principe de répartition des compétences en ce qui concerne les litiges nés sur les contrats passés par les personnes administratives*, Châteauroux, Société d'imprimerie d'édition et des journaux du Berry, 1924 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par JACQUELIN, professeur de droit administratif).

discutable. Ainsi l'un de ces docteurs s'attache à « *montrer quelles raisons théoriques (...) avaient guidé [le Conseil d'État] dans la répartition des litiges [contractuels] entre les deux ordres de tribunaux du droit français* », cela pour « *apporter une contribution à l'histoire de l'évolution des idées juridiques et pour le présent de donner dans une étude d'ensemble une théorie générale de la compétence en matière de contrats* »⁴¹². Son auteur y confronte la théorie des actes d'autorité et de gestion, à la théorie du service public pour assigner au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire une interprétation discutée à l'aune de la jurisprudence du Conseil d'État. À cet égard, il faut souligner une ambiguïté qui affecte la théorie du service public – à laquelle n'échappe pas Gaston JÈZE. Celle-ci est appréhendée au travers des effets qui sont réputés « *conférer à l'administration des droits plus étendus, et (...) créer ainsi une rupture d'équilibre entre les droits et les obligations de chaque partie contractante* »⁴¹³. Il n'est pas vraiment question d'une collaboration dont la cause – le service public – force à réapprécier l'équilibre contractuel en imposant aux parties (et pas seulement au contractant de l'administration) toutes les obligations indiquées pour le fonctionnement régulier des services publics. Pourtant, la théorie de l'imprévision est un exemple qui atteste que l'administration subit en certaines circonstances les impératifs afférents au service public. Maurice HAURIU a d'ailleurs signalé que les concessionnaires n'avaient rien de contractants assujettis à l'autorité discrétionnaire de l'administration.

Les villes n'ont pas de chance avec les compagnies de gaz et avec la théorie de l'imprévision. Voilà deux événements successifs, d'importance inégale, où l'imprévision tourne également contre elles : la découverte de l'éclairage électrique vers 1890 et la guerre de 1914⁴¹⁴.

C'est aussi l'opinion de Jean APPLETON qui dénonça vertement une jurisprudence si avantageuse aux concessionnaires, à une époque où la politique de l'État se résumait à faire des économies⁴¹⁵. Bien entendu il n'est pas question de nier les prérogatives dont l'administration dispose pour conduire l'exécution des contrats administratifs. En même temps, la théorie de l'imprévision – alors en pleine acmé – offrait une illustration de ce que le service public pouvait étendre la responsabilité des parties au-delà des termes du contrat – cette remarque valant aussi bien pour l'administration que pour son cocontractant. Cela fut remarqué, et pourtant l'inégalité des parties

⁴¹² AMFREVILLE Jacques-Guyot (d'), *De la répartition des compétences en matière de contrats passés pour l'administration*, Paris, Jouve & Cie, 1927 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par ROLLAND, professeur de droit administratif), p. 6-7.

⁴¹³ *Id.*, p. 169.

⁴¹⁴ HAURIU Maurice, Note sur l'arrêt *Compagnie des messageries maritimes c. Ministre de la marine* (C.E., 3 août 1917) [1917], in *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits...*, *op. cit.*, t. 3 (1929), p. 620.

⁴¹⁵ Cf. de Jean APPLETON – professeur de droit administratif à la faculté de Lyon – ces deux articles : « Le Conseil d'État protège fâcheusement les fermiers généraux du Gaz » (*in Progrès civique* 1921, 2 juillet, p. 8) & « Défendons le public et les communes contre les fermiers généraux de l'électricité » (*in Progrès civique* 1922, 14 avril, p. 22).

demeura le caractère emblématique des contrats administratifs. La prérogative qu'a l'administration de faire exécuter le contrat par des décisions unilatérales, dissimule ce fait que le contrat administratif correspond à une association dont l'équilibre joue parfois – et pas seulement à de rares occasions – au profit du contractant. Jacques-Guyot d'AMFREVILLE ne l'admet qu'à demi-mots :

Une harmonie très complète existe entre la conception générale qui est à la base du droit administratif, celle de contrat administratif, et celle de service public. Ces trois notions sont aussi intimement liées l'un à l'autre et se complètent mutuellement. On peut en effet les ramener à une idée unique et fondamentale, la situation spéciale, privilégiée, conférée à l'administration par le droit français⁴¹⁶.

Il est difficile de ne pas appliquer à cette conception des choses la critique que Maurice HAURIOU fit à Gaston JÈZE, et d'après quoi le procédé de droit public tant mis en avant par le second pour caractériser le droit administratif comme un droit autonome du droit privé, recouvre en fait l'usage des prérogatives de puissance publique⁴¹⁷. De même notre docteur promeut la théorie du service public en l'appréhendant dans un sens qui déjà la dénaturait profondément. Arcboutée telle qu'elle l'est sur l'inégalité juridique des parties contractantes, elle repose essentiellement sur l'idée d'exorbitance ; le service public n'est rien de plus qu'un horizon à l'aune duquel la légitimité des prérogatives de l'administration est appréciée. L'ambition portée par de Jacques-Guyot d'AMFREVILLE d'épouser au plus près la jurisprudence administrative le perdit dans une aporie, précisément parce que celle-ci inclinait de plus en plus à privilégier les clauses exorbitantes du droit commun – c'est-à-dire le procédé de droit public pour user du vocable de Gaston JÈZE.

560. La prédominance du critère tiré de la puissance publique. – Un autre docteur, Jacques SUDRE, admet plus volontiers cette dualité du service public et de la puissance publique qu'il se représente comme les deux faces d'une médaille.

Il est impossible de rendre compte de la jurisprudence en se plaçant du seul point de vue du service public. On ne peut faire abstraction des procédés spéciaux qu'emploie l'Administration pour le fonctionnement de ses services. (...)

Ceci ne veut pas dire que nous repoussons la notion de service public. À la différence de leurs adversaires, qui repoussent la notion de puissance publique, les partisans de cette notion admettent celle de service public⁴¹⁸.

Thèse entreprise sous la présidence d'Achille MESTRE, il n'est pas étonnant que son auteur se montre sensible à la doctrine de Maurice HAURIOU. La prédominance de la puissance publique sur le service public est avant tout préférée pour une raison

⁴¹⁶ AMFREVILLE Jacques-Guyot (d'), *De la répartition des compétences en matière de contrats passés pour l'administration*, op. cit. (1927), p. 170.

⁴¹⁷ HAURIOU Maurice, « La puissance publique et le service public », in *Revista de drept public* 1926, p. 367 sq.

⁴¹⁸ SUDRE Jacques, *La compétence du Conseil d'État en matière de contrats*, Paris, Recueil Sirey, 1928 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par MESTRE, professeur de droit administratif), p. 49.

pragmatique.

Il semble évident que lorsqu'on se trouvera en face d'une opération administrative contractuelle, il pourra être assez difficile de savoir si elle a été passée ou non en vue d'un service public. Au contraire, une analyse exacte des procédés employés dans cette opération révélera si, oui ou non, l'Administration s'est servie de procédés exorbitants du droit commun, si elle a usé de la contrainte, ou si, au contraire, elle n'a usé que des formes de la vie civile⁴¹⁹.

Cette prédominance du critère tiré de la puissance publique – voilée chez des administrativistes qui se réclament de JÈZE ou ROLLAND, plus assumée chez ceux qui se rapprochent de HAURIOU ou MESTRE – n'est rien d'autre que la conséquence de la théorie de la gestion privée qui laisse à l'administration la liberté d'employer les procédés du droit public ou ceux du droit privé. Les questions touchant aux contrats ne se posent ni dans les mêmes termes, ni à l'appui des mêmes exemples que dans les années 1900. Au début du XX^e siècle, les réflexions portèrent sur les concessions de service public et contrats assimilés ; elles firent s'interroger sur la manière dont les modes de collaboration consensuels pouvaient être déterminés par les services publics auxquels ils se rapportaient. Dans les années 1920, les réflexions ont été suscitées par des contrats inusuels à l'administration, à propos de la répartition des compétences administratives et judiciaires. Dans ces circonstances, les contrats administratifs furent avant tout des contrats dont il s'est agi de donner une définition qui fût opérationnelle pour le contentieux. Le développement de la gestion privée favorisa la recherche de critères, lesquels se fixèrent à terme autour des clauses exorbitantes du droit commun. L'autorité doctrinale de Maurice HAURIOU se fait sentir à cet égard – lui qui écrivait :

Le droit privé ne se préoccupe que médiocrement des buts poursuivis par les individus, son objectif ce sont les moyens qu'ils emploient et qui sont les droits qu'ils prétendent exercer par l'autonomie de leur volonté ; il en est de même du droit public, les buts de l'État lui paraissent secondaires, ce sont ses moyens d'action, droits régaliens ou autres, exercés par sa volonté gouvernementale, qui l'intéressent⁴²⁰.

Une confrontation un peu artificieuse entre puissance publique et service public a influé sur les perspectives employées pour appréhender les contrats administratifs. Celle préférée au début du XX^e siècle insistait sur la manière dont le contractant pouvait être sollicité ; tandis que celle préférée à partir des années 1920 mit l'accent sur la manière dont les contrats de l'administration pouvaient se juxtaposer suivant les partitions contentieuses. Ces deux perspectives ne se rejettent pas nécessairement. Cependant elles traduisent chacune une intelligence différente des contrats de l'administration. L'une s'attache plutôt aux contrats administratifs classiques –

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ HAURIOU Maurice, « La puissance publique et le service public », in *Revista de drept public* 1926, p. 365-366.

concessions et marchés ; l'autre s'essaye à embrasser une quantité de contrats hétérogènes. Il n'est pas étonnant que Marc RÉGLADE (qui a en outre réalisé une thèse à la faculté de Bordeaux, sous la direction de Léon DUGUIT) ait choisi les marchés de fournitures pour atténuer l'inflexion prise par la jurisprudence administrative à partir des années 1920. Car c'est à partir de ces contrats, plus proches du droit privé que ne pouvaient l'être les concessions de service public ou les marchés de travaux publics, que s'est développée une conception qui situa les contrats administratifs d'après l'écart qui les distinguât des contrats de droit privé. Dans son article, Marc RÉGLADE propose des marchés de fournitures une compréhension qui s'efforce de concilier l'acception contentieuse du contrat administratif avec la manière dont il pouvait être appréhendé dans les dernières années de la Belle Époque.

D'une part, la jurisprudence reconnaît la compétence administrative en ce qui concerne les marchés passés par les départements et les communes, lorsque l'objet de la prestation réalise directement le but de service public, et (...), d'autre part, elle se prononce pour la compétence judiciaire en ce qui concerne les marchés passés par l'État, lorsque l'objet de la prestation ne réalise pas par lui-même le but de service public, alors même que l'État poursuivrait un tel but. (...)

Lorsque le fournisseur ne réalise pas, par l'objet de sa prestation, le but de service public que se propose l'État, celui-ci par cet acte n'organise pas un service public, il l'organisera par une décision postérieure ou par des travaux qui affecteront l'objet cédé au service public, et qui, eux seront des actes administratifs.

En attendant, il agit comme un simple particulier, il fait un acte du droit privé, il est dans la même situation que lorsqu'il contracte pour son domaine privé. (...) Et, en fait, le contrat qu'il passe enrichit seulement son domaine privé, puisque l'affectation de l'objet acquis à son domaine public ou à un service public ne résultera que d'une déclaration de volonté postérieure au contrat. Il agit, suivant l'expression du doyen HAURIOU, par la voie de la *gestion privée*⁴²¹.

Paul DUEZ se prononce dans un sens analogue en affirmant que : « *La gestion privée reste une théorie exceptionnelle venant restreindre la portée d'application d'un principe général : la compétence administrative pour la connaissance des litiges relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services public* »⁴²².

561. Indépendamment de la question contentieuse qui a toujours fait sentir son influence, les contrats de l'administration ont été – jusqu'à la fin de la Belle Époque – affectés par deux facteurs doctrinaux. D'une part, la marginalisation par la doctrine publiciste du contrat comme concept cardinal du droit administratif. D'autre part, le contournement par la jurisprudence administrative des deux principes structurant le

⁴²¹ RÉGLADE Marc, « De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités judiciaire et administrative (étude de jurisprudence) », in *R.D.P.* 1924, p. 205-206.

⁴²² DUEZ Paul, « La théorie de la gestion privée dans l'application de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire », in *R.C.L.J.* 1924, p. 345.

concept de contrat – induit de la doctrine de l'autonomie de la volonté –, savoir : l'intangibilité et l'effet relatif des obligations contractuelles. Jacques SUDRE ne rend pas compte de cet aspect des choses. En revanche, il souligne en quoi le contrat administratif fut attiré à la séparation des autorités administrative et judiciaire. Certes, il l'est depuis le deuxième tiers du XIX^e siècle. Cependant, cet auteur y insiste tant et si bien qu'il présente le contrat administratif comme un concept dont la portée contentieuse prédomine sur toute autre considération. Les réflexions indépendantes de son acception contentieuse (et qui, au début du XX^e siècle, touchaient essentiellement aux concessions de service public) sont assimilées pour parfaire la cohérence de ce concept. Celles-ci sont comme artificiellement attirées à une préoccupation doctrinale uniquement appliquée à profiler le contrat administratif du point de vue du contentieux. La théorie de la gestion privée a conduit ce contrat à n'être qu'une variable d'ajustement du contentieux administratif. En faisant procéder son caractère de la liberté qu'a l'administration de stipuler des clauses exorbitantes du droit commun, la détermination du régime juridique du contrat est placée à sa discrétion. Jacques SUDRE s'y est d'autant moins trompé qu'en introduction de ses travaux, il précisa le choix de son sujet :

Il nous a semblé que, dans notre droit administratif français basé sur la séparation des pouvoirs, et dans lequel, par conséquent, les questions de compétence tiennent une si large place, il n'y avait pas de théorie dont l'élaboration jurisprudentielle présentât plus d'intérêt que celle de la compétence en matière de contrats⁴²³.

Plus loin en étudiant la distinction entre les contrats administratifs et les contrats privés, il entérine sa démarche doctrinale par cette conclusion :

C'est bien dans la notion de contrat administratif que se trouve dans l'état actuel de la jurisprudence le critérium de distinction des compétences⁴²⁴.

La conceptualisation du contrat administratif n'est pas indépendante des réflexions sur le contentieux administratif auxquelles elle fut atraite. Pourtant, notre auteur s'attarde à démontrer que les contrats administratifs existent parce que leur nature est autonome du droit privé. Il développe sur une dizaine de pages les singularités qui s'attachent à leur exécution – c'est-à-dire des « *contrats spéciaux qui ont leurs règles à eux, règles s'inspirant le plus possible du droit commun et de l'équité, mais tenant compte des nécessités des services pour lesquels sont passés les contrats* »⁴²⁵. En reprenant la même analyse que celle développée par Gaston JÈZE, il s'expose à la même critique : ces principes tenant à l'exécution et à l'interprétation des contrats administratifs sont ceux formalisés à propos des contrats administratifs classiques – concessions et marchés –, alors pourtant que leur définition contentieuse s'étend de beaucoup en avant.

⁴²³ *Id.*, p. iii.

⁴²⁴ *Id.*, p. 70.

⁴²⁵ *Id.*, p. 67.

Paragraphe 2. – Un contrat administratif démarqué (ou rapproché ?) du contrat de droit privé à l'aide des clauses exorbitantes

562. Une privatisation latente de la théorie contentieuse des contrats administratifs. – Ce sont les mêmes préoccupations qui ont conduit Jean ROUVIÈRE à fixer son sujet de thèse – son titre est on peut plus explicite : *À quels signes reconnaître les contrats administratifs* (1930). Cela étant dit, ces travaux se distinguent foncièrement des autres. Il ne s'exerce pas à une tâche impossible consistant à rapprocher le contrat administratif de la gestion privée, tout en lui reconnaissant une nature particulière qui le distingue du contrat du droit privé. Peut-être l'influence de René JACQUELIN – qui dirigea cette thèse – se fait-elle sentir⁴²⁶. La singularité des opinions de ce docteur l'a conduit à projeter sur les contrats administratifs une analyse pleine de pénétration. À rebours du grand nombre des administrativistes, il estime que le contrat administratif est purement et simplement un contrat dont la définition juridique est rigoureusement identique à celle employée par les civilistes. Des règles spécifiques lui sont appliquées à l'instar de celles touchant les contrats commerciaux. En abordant les contrats d'adhésion, il n'approuve pas cette doctrine qui – dans les décennies d'avant-guerre surtout – contestait leur nature contractuelle. Au contraire, la multiplication de ces contrats qui par certains aspects se rapprochent de ceux passés par les administrations publiques, le convainc de ce que le droit administratif se « civilise ».

La théorie des contrats d'adhésion [nous amène] à constater, en dernière analyse, que les contrats du droit public n'ont pas une nature différente de ceux du droit privé. Ils tendent, au contraire, dans l'économie et le droit modernes, à se rapprocher de plus en plus les uns des autres, en sorte que le caractère commun de leur essence apparaît plus visible : ce sont des accords de volontés générateurs d'obligations⁴²⁷.

D'une part, nous y discernons une influence diffuse de la doctrine de René

⁴²⁶ René JACQUELIN professe toujours dans les années 1920 des opinions analogues à celles développées au début du siècle. Nous avons considéré son cours pour l'année universitaire 1929-1930 – date à laquelle la jurisprudence administrative prit une allure mieux définie. Il ne l'approuve qu'en raison de ce qu'elle fût moins extensive que la précédente : « *La nouvelle tendance de la jurisprudence mérite (...) l'approbation ; sans être encore à l'abri de toute critique d'imprécision, elle est pourtant beaucoup moins arbitraire que l'ancienne car tout contrat passé par l'administration vise toujours plus ou moins directement à l'exécution d'un service public. (...) En somme, on rencontre ici une jurisprudence nouvelle, moins extensive que la jurisprudence antérieure de la compétence administrative au sujet des contrats et du contentieux de l'indemnité. (...) La jurisprudence nouvelle paraît préférable à l'ancienne, parce qu'elle reste un peu à l'écart des critiques que celle-ci méritait. La jurisprudence ancienne aboutissait en effet à des résultats identiques à ceux de la doctrine administrative, et, à ce point de vue, cette doctrine peut être regardée comme ayant préparé cette jurisprudence. (...) Ce qui constituait l'explication de cette jurisprudence, qui s'atténue pour le moment, c'était toujours l'idée mère de la juridiction administrative, celle qui constitue le pourquoi de son existence : à savoir le désir de faire échapper l'administration à la justice ordinaire* » (Répétitions écrites de droit administratif [cours dispensé à la faculté de Paris pour le diplôme d'études supérieures de droit public (1929-1930) sur le thème : *Légalité et responsabilité de l'administration*], Paris, Les cours de droit, 1930, p. 296-298).

⁴²⁷ ROUVIÈRE Jean, *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Alençon, Imprimerie alençonnaise, 1930 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par JACQUELIN, professeur de droit administratif), p. 19.

JACQUELIN qui défendait cette opinion à la fin des années 1890⁴²⁸. D'autre part, le refus d'admettre pour les contrats administratifs une nature particulière, l'amène naturellement à appréhender la jurisprudence administrative différemment. Contrairement à ce que nous pourrions penser au premier abord, il est probablement moins enserré de préjugés que ses contradicteurs qui, à l'exception notable de Léon DUGUIT, s'efforcent de justifier la rationalité de la jurisprudence administrative en assignant une nature particulière aux contrats administratifs. À l'instar de ce dernier⁴²⁹, ces contrats sont administratifs dans la même mesure où certains contrats sont commerciaux.

Les contrats conclus pour l'exécution des services publics appellent, en général, un régime juridique particulier. Ce régime est désigné par le terme « administratif » accolé au mot contrat, de même qu'il est question de « contrats commerciaux » pour caractériser le régime spécial que les actes de commerce entraînent avec eux⁴³⁰.

- 563.** La lecture déroutante de cet auteur qui nie la nature spéciale des contrats administratifs tout en citant dans son sens Gaston JÈZE⁴³¹, éclaire le caractère équivoque de toute la littérature administrative. Il faut admettre que si l'on lit ce dernier indépendamment de toute idée préconçue, l'affirmation par laquelle il reconnaît à travers les contrats administratifs des contrats *sui generis* est performative. Jean ROUVIÈRE s'explique ce désaccord par un aspect que nous avons éclairé dans le

⁴²⁸ La même année où Jean ROUVIÈRE soutint sa thèse, René JACQUELIN enseignait pour le cours de doctorat : « *Le caractère de patrimonialité rapproche le droit administratif du droit civil. (...) À la vérité ou sous cet aspect, le droit administratif ne se réduit pas à ne contenir que des applications pures et simples du droit civil ; les dérogations apportées à ce dernier sont au contraire assez fréquentes et graves. Mais c'est là précisément la raison d'être du droit administratif dans cette sphère [notamment pour les contrats de l'administration]. Si non, le droit civil suffirait à lui seul. S'il n'en est pas ainsi, c'est que, les deux caractères [de puissance publique et de patrimonialité] coexistent dans la même personne, il est inévitable que la patrimonialité, étant la moins forte, se laisse influencer par la puissance publique. D'où des règles spéciales et dérogatoires au droit civil. Il n'empêche cependant que les règles du droit civil reçoivent d'ordinaire application dans ce domaine* » (Répétitions écrites de droit administratif [cours dispensé à la faculté de Paris pour le diplôme d'études supérieures de droit public (1929-1930) sur le thème : *Légalité et responsabilité de l'administration*], op. cit. (1930), p. 251-252).

⁴²⁹ En critiquant l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Léon DUGUIT réproouve l'idée d'un contrat administratif *sui generis* (ce dès la deuxième édition de son traité) : « *Le contrat est une certaine catégorie juridique et quand les éléments qui le constituent sont réunis, il y a contrat ayant toujours les mêmes caractères et les mêmes effets. Par conséquent, s'il y a des contrats qui donnent lieu à la compétence des tribunaux administratifs, ce ne peut être qu'à raison du but en vue duquel ils sont faits. Il y a quelque chose d'analogue à ce qui se passe pour les contrats commerciaux. Quand au fond, il n'y pas de différence entre un contrat civil et un contrat commercial. Ce qui fait le contrat commercial et fonde la compétence des tribunaux de commerce, c'est le but commercial en vue duquel il est fait. Il n'y pas de différence quand au fond, entre un contrat civil et un contrat administratif. Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait* » (Traité de droit constitutionnel, Paris, Broccard, 1927-1930 (3^e éd. (inachevée), 3 vol.), t. 3 (1930), p. 44-45. Plus loin il regrette l'orientation prise par la jurisprudence administrative dans les années 1920 : « *Ces diverses décisions viennent confirmer ce que j'ai dit déjà plusieurs fois : sous l'action de causes qu'il est difficile de déterminer, la jurisprudence du conseil d'État traverse actuellement une période de trouble et de régression, laquelle, il faut l'espérer, sera de courte durée* » (id., p. 46).

⁴³⁰ ROUVIÈRE Jean, *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, op. cit. (1930), p. 23.

⁴³¹ Id., p. 25-26.

titre précédent⁴³² : pendant les années de la Belle Époque, les administrativistes ont rejeté le contrat comme un concept privatiste – et Gaston JÈZE le premier ! La reconnaissance doctrinale des contrats administratifs à partir de l'Entre-deux-guerres, forcée en quelque sorte par la jurisprudence du Conseil d'État, porte les stigmates de cette résistance latente. C'est en ce sens que suivant Jean ROUVIÈRE :

Certains auteurs, et les plus nombreux, tendent à confiner le plus possible cette notion au droit privé. Pour nous, au contraire, nous avons tenté d'établir que cette notion fondamentale du droit en général tient une place importante en droit public. Sans doute, le plan du droit privé est différent du droit public. Il en résulte des modifications quant au contenu de la notion contractuelle. Du moins, il n'y a pas là de raison suffisante pour écarter du droit public une notion si féconde que celle du contrat⁴³³.

La latitude doctrinale que cet auteur gagne à ne pas rejeter le contrat hors du droit public, ou bien à l'assimiler en lui assignant une valeur adaptée de celle du droit privé, lui permet de penser l'hétérogénéité des contrats administratifs. La démonstration à faire de l'existence de contrats administratifs par nature ne s'imposant pas à lui, il lui est loisible d'aborder la jurisprudence administrative sans dogmatisme. La continuité qu'il entrevoit entre les contrats administratifs et les contrats du droit privé l'invite plus naturellement à organiser des catégories des contrats administratifs pour lesquelles il n'y ait pas à craindre que leur pluralité soit négatrice de l'idée même de contrat administratif.

Un contrat administratif, est par essence, celui qui met en jeu les principes et les règles du droit administratif. Leur importance s'accroît avec celle du droit administratif. Il n'est pas possible de dégager en une formule unique les caractères de tous les contrats conclus dans ce vaste domaine⁴³⁴.

Aussi distingue-t-il entre les « *contrats administratifs bien définis* » et les « *contrats administratifs stricto sensu* », c'est-à-dire des « *contrats en marge du droit civil et du droit administratif* »⁴³⁵. La singularité de cette typologie apparaît assez bien dans une correction manuscrite qu'un lecteur anonyme a apporté à l'exemplaire déposé à la bibliothèque Cujas, en raturant « *stricto sensu* » pour remplacer par : « *contrats administratifs lato sensu* » (dans le plan). Que ce soit par incompréhension ou par critique, cette annotation illustre la profondeur de la divergence de vue. Jean ROUVIÈRE n'a pas interprété la jurisprudence administrative comme si elle fût venue consommer une théorisation des contrats administratifs, mais plutôt comme une excroissance du contentieux administratif.

⁴³² Cf. le titre III, seconde partie (spéc. le chapitre 3).

⁴³³ *Id.*, p. 174-175.

⁴³⁴ *Id.*, p. 44.

⁴³⁵ *Id.*, p. 104.

[Les contrats administratifs *stricto sensu*] sont en très petit nombre quoique leur domaine s'étende à tous les genres de manifestation de l'activité de l'administration⁴³⁶.

En d'autres termes, cette extension commandée par la théorie de la gestion privée y est appréciée comme une entreprise prétorienne dont la définition contentieuse du contrat administratif fût complémentaire. Ces contrats sont les mêmes que ceux rencontrés en droit privé, si ce n'est que la partition des compétences les verse dans le contentieux administratif. À l'inverse, des auteurs comme ceux précités – AMFREVILLE ou SUDRE – se placent tout autant sur le plan du contentieux administratif, mais optent pour une définition générique du contrat administratif, articulée à une certaine acception du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Ils embrassent par une formule unique toute la diversité des contrats, d'après un tour de force qui ne doit son succès qu'au fait d'adhérer à une certaine représentation du droit administratif et de son contentieux ; seulement parce que le contrat administratif apparaît comme consubstantiel au droit administratif d'où il tire sa définition et sur lequel celle-ci rétroagit par une correspondance parfaite.

- 564. Une privatisation du contrat administratif exacerbée par une définition *lato sensu*, fondée sur les clauses exorbitantes.** – Jean ROUVIÈRE refuse donc de systématiser par trop les contrats administratifs afin de ne pas négliger les contrats classiques, tandis que d'autres oblitérent précisément leur singularité. La cohésion dont peuvent se réclamer les contrats administratifs réside moins dans le droit administratif avec lequel ils font corps, que dans le concept de contrat, transversal au droit privé et au droit public. En n'étant pas mû par le désir de conférer aux contrats administratifs une unité qui participe de leur nature intrinsèque, Jean ROUVIÈRE isole plus aisément la jurisprudence administrative de l'Entre-deux-guerres – suscitée essentiellement à propos de contrats assimilés aux marchés de fournitures ainsi qu'il le note⁴³⁷. Pour la plupart des administrativistes, cette jurisprudence a déployé ses efforts autour des contrats administratifs (identifiés comme tels avant les années 1920) en en promouvant une conception qui, pour être plus étendue, perd en vigueur – en plus d'être plus difficilement identifiable. L'application désespérée dont fit montre HIMARIO dans une thèse consacrée aux clauses exorbitantes du droit commun, en est un ultime témoignage. Ces clauses sont « *une notion fluide* »⁴³⁸ qui s'impose en désespoir de cause, faute pour la juridiction administrative d'être

⁴³⁶ *Id.*, p. 178.

⁴³⁷ « *Les contrats et marchés de fournitures (...) sont les véritables responsables des perturbations constatées, au cours de cette dernière période trentenaire, dans le régime des compétences* » (*id.*, p. 177).

⁴³⁸ HIMARIO C., *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, Paris, Les Éditions internationales, 1933 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par MESTRE, professeur de droit administratif), p. 91.

opportunément réformée. Il exprime mieux que tout autre l'impasse dans laquelle les contrats administratifs sont tombés. Après d'autres, cette thèse est emblématique de ces études qui, à la recherche d'un contrat administratif fuyant, dont l'existence n'est tangible qu'à travers le contentieux administratif, s'attachent de plus en plus à la jurisprudence administrative. Le Conseil d'État s'est engagé dans une politique jurisprudentielle qui a transformé le contrat administratif en une tautologie : le contrat administratif est celui qu'indiquent certains signes qu'il appartient au juge administratif de déterminer au cas par cas. Certains administrativistes ne manqueront pas de critiquer la fragilité de cette jurisprudence qui use des contrats administratifs comme d'une variable d'ajustement pour réguler le contentieux administratif. Le critère des clauses exorbitantes fut en effet déprécié pour son caractère équivoque : obscur pour les justiciables il permet malaisément d'identifier avec certitude un contrat administratif. Celui-ci est dévoyé par la nécessité d'une réforme de la juridiction administrative sans cesse appelée – jamais entreprise. Ce concept fait figure de mort-né, dont au final la formalisation est venue tarir d'autres alternatives prometteuses à l'instar des théories institutionnalistes. La promotion de la théorie de la gestion privée et l'orientation prise par la jurisprudence administrative a cantonné le contrat administratif au contentieux tout en lui conférant une portée conceptuelle en trompe-l'œil. La doctrine administrative s'est assimilé un concept privatiste – le contrat – par le biais de la technique juridique du droit public.

Chapitre 3

Pérennisation d'une théorie, évolution d'un concept

565. La théorie des contrats administratifs n'est durant l'Entre-deux-guerres qu'une doctrine en concurrence avec d'autres – essentiellement celle de l'institution. Elle reçoit déjà une large audience, sans qu'il soit pour autant permis de dire qu'elle est admise comme un canon du droit administratif. La thèse de Georges PÉQUIGNOT soutenue en 1945 en discute encore les termes. En développant la théorie des contrats administratifs au-delà de ce qu'avait conçu Gaston JÈZE, celui-là nous montre qu'elle n'est pas arrêtée sous une forme qui fût unanimement partagée. Précisément, le futur doyen montpelliérain débat des vices qui affectent cette théorie telle que le professeur parisien l'a développée. Conçue pour assimiler au droit administratif le contrat, Georges PÉQUIGNOT embrasse le premier XX^e siècle qui le précède avec ce recul qui lui permet de souligner les biais de la théorie des contrats administratifs (**section 1**). D'une thèse controversée, cette théorie devient dans les années 1950 une thèse canonique, consacrée par l'enseignement universitaire qui l'intègre au programme de licence. Cette réception nous paraît déterminante, car elle l'associe à une pédagogie du droit administratif que nous employons encore de nos jours (**section 2**). Pour autant, ces mêmes années sont celles d'une intense réflexion doctrinale à laquelle la *summa divisio* n'échappe pas – et avec elle, la théorie des contrats administratifs. En outre, les techniques contractuelles du droit public et du droit privé paraissent évoluer en convergeant, si bien que les oppositions entre la théorie des contrats administratifs et celle des contrats privés sont moins aigües. Leur individualité respective n'est pas en question ; cependant elles sont plus volontiers présentées comme contiguës. Des correspondances – certes ténues – s'établissent, ainsi que des ajustements qui permettent d'établir un *continuum* dans les pratiques contractuelles en usage. La théorie des contrats administratifs ne renvoie plus seulement à une revendication du droit administratif sur le contrat ; elle offre un cadre adéquat pour développer une taxinomie propre à saisir la diversification des procédés contractuels employés par les personnes publiques. Si nous ne l'aborderons pas, il faut considérer que la codification formelle d'un droit des marchés publics intervient peu après dans les années 1960 (**section 3**).

Section première. – De JÈZE à PÉQUIGNOT, une théorie aux ressorts contradictoires : penser les contrats à l'aune de la *summa divisio*

566. Jusque dans les années 1910, la doctrine publiciste soucieuse d'affermir son identité, fut réfractaire vis-à-vis du contrat qui dénotait le droit privé. Dans le chapitre précédent, nous avons examiné que la conceptualisation des contrats administratifs procède de problématiques propres au droit administratif – essentiellement liées à son contentieux. Celle-ci a également été favorisée par la théorie de l'imprévision dont nous avons vu qu'elle avait incité certains privatistes à rejeter les contrats administratifs comme des contrats irréductibles au droit commun. La théorisation des contrats administratifs n'est pas tant une somme doctrinale par laquelle Gaston JÈZE aurait réuni des monuments épars pour les mettre en cohérence, qu'elle ne se présente comme une entreprise doctrinale contingente. La thèse de Georges PÉQUIGNOT présente – entre autres – ce mérite de le soulever, en critiquant une théorie qui élève une définition contentieuse du contrat administratif pour lui faire embrasser une multitude de contrats aux régimes juridiques très divers. Autrement dit, il discuta des termes dans lesquels le droit public a poursuivi – dans l'Entre-deux-guerres – son autonomisation en assimilant le contrat (**paragraphe 1**). Il y fut d'autant plus fondé que cette entreprise doctrinale fut le vecteur d'une privatisation latente du droit administratif (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Le contrat administratif : vecteur d'une autonomie du droit public par l'acculturation du concept privatiste

567. **Le contrat administratif : un contrat conçu comme un envers du contrat privé, compliqué d'un régime d'exécution spécifique.** – Dans un article emblématique consacré à la juridiction du Conseil d'État, le professeur Julien LAFERRIÈRE – tout juste nommé professeur à la faculté de Strasbourg ré-ouverte (1919) – développe une critique de la locution de contrat administratif en tant qu'elle exprimerait une différence de genre d'avec les contrats de droit privé.

Le contrat (...) est un type déterminé d'acte juridique, caractérisé et par son mécanisme (accord de deux volontés se conditionnant mutuellement) et par l'effet de droit produit (création d'une situation juridique individuelle). Ce sont là les éléments essentiels de l'acte contractuel, et tout acte dans lequel ils sont réunis est un contrat, quel que soit son auteur, quel que soit son but, qu'il soit fait par un particulier ou par l'Administration pour la gestion de son domaine privé ou pour le fonctionnement d'un service public. L'expression trop souvent employée de « contrat de droit public » ou de « contrat administratif » doit être absolument répudiée en tant qu'elle signifierait qu'il existe en droit administratif des actes qui seraient des contrats sans présenter pourtant tous les éléments essentiels de l'acte contractuel, comme le serait par exemple, le prétendu contrat de droit public de nomination d'un fonctionnaire. En réalité, il n'y a ni contrat de droit

public, ni contrat de droit privé ; il y a le contrat tout court, ou autre chose que le contrat⁴³⁹.

À ce titre il réaffirme avec vigueur la désapprobation presque unanime de la doctrine administrative à l'égard de cette idée de contrat de droit public, en ce sens que le droit public connaîtrait un contrat dont les caractères intrinsèques fussent différents de ceux du contrat du droit privé – ou du contrat tout court. Notamment esquissée par le commissaire du gouvernement TARDIEU dans l'affaire *WINKELL* (1909), celle-ci avait surtout eu cours à propos des controverses touchant à la qualité des fonctionnaires publics. Ce n'est pas dire que Julien LAFERRIÈRE réprouva le concept de contrat administratif. Bien au contraire il s'attache à en défendre l'existence, suivant un point de vue qui nous paraît analogue à celui de Gaston JÈZE⁴⁴⁰.

Nous disions, tout à l'heure, que l'expression « contrats de droit public », ou « contrats administratifs » est à rejeter. Oui, en tant qu'elle signifierait qu'il existe, en droit administratif, des actes qui seraient des contrats, sans réunir les éléments essentiels de l'acte contractuel (accord de volonté, création d'une situation juridique individuelle soumise au principe de l'intangibilité des droits subjectifs). Mais les expressions « contrats administratifs », « contrats civils » sont commodes et leur emploi est licite du moment où elles expriment simplement ceci : que des actes, qui sont des contrats parce que réunissant les éléments essentiels de l'acte contractuel envisagé *in abstracto*, seront soumis à des règles différentes au point de vue, par exemple, de leur mode de conclusions, des conditions dans lesquelles se réalise l'accord de volontés, de l'étendue des obligations imposées aux parties, de leurs procédés d'exécution, des causes de résiliation, de l'appréciation de la force majeure, de l'influence des événements non prévus, *etc., etc.*, suivant que ces contrats auront été faits par des particuliers pour leurs affaires privées, ou par l'Administration en vue du fonctionnement des services publics⁴⁴¹.

En 1921, sa conception des contrats administratifs est certainement influencée par la théorie de l'imprévision. Elle traduit surtout l'usage d'une technique juridique proprement publiciste. Le contrat administratif procède d'une assimilation par les administrativistes du contrat, qu'ils se sont approprié par le concours une méthode adaptée à leur discipline. N'est administratif que le contrat qui mobilise un régime juridique spécial, emblématique de l'autonomie du droit public. Alors que les règles du droit civil sont formellement rejetées, les caractères fondamentaux du contrat y sont ménagés sans pour autant sacrifier l'intérêt général.

La pièce maîtresse, on peut le dire le chef-d'œuvre de la construction juridique que [le Conseil d'État] a édifié, est d'avoir maintenu le principe que le contrat confère aux contractants des droits intangibles, en lui donnant pourtant assez de souplesse pour qu'il se concilie à tout moment avec les

⁴³⁹ LAFERRIÈRE Julien, « L'organisation de la juridiction administrative. Réforme et projets de réforme », *in* R.D.P. 1921, p. 156.

⁴⁴⁰ Cf. JÈZE Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *in* R.D.P. 1918, p. 63.

⁴⁴¹ LAFERRIÈRE Julien, « L'organisation de la juridiction administrative. Réforme et projets de réforme », *in* R.D.P. 1921, p. 157-158.

besoins nouveaux du service et les éventualités auxquelles il doit faire face⁴⁴².

568. Vingt ans après, il professe toujours la même opinion. Celle-ci ne semble pas être le fruit d'une réflexion adventice développée à propos du Conseil d'État. Elle dénote une doctrine affermie dont la genèse nous paraît avoir procédé d'une assimilation du contrat à la technique juridique du droit public.

Que veut donc dire la théorie de la gestion publique quand elle déclare que les marchés administratifs comme le marché de fournitures sont des actes d'une autre nature que les contrats civils ? Simplement ceci : que les marchés de l'Administration sont à certains égards soumis à un régime qui n'est pas le même que celui des contrats faits par les particuliers. (...)

Est-ce à dire que cela établisse que ces marchés administratifs sont d'une nature juridique autre que les contrats privés, qu'ils appartiennent à une autre catégorie et qu'il faille leur reconnaître la qualité, le caractère, la nature de puissance publique ? Nous ne le pensons pas. (...)

Le régime des marchés passés pour les services publics diffère à bien des points de vue de celui des contrats correspondant des particuliers. (...)

Mais cela autorise-t-il à affirmer que ces marchés administratifs soient d'une autre nature que les contrats civils, c'est-à-dire qu'ils appartiennent à une catégorie juridique, à une catégorie qui n'existait pas en droit privé ? Nous ne le croyons pas, parce que rien ne s'oppose à ce que des actes ayant la même nature juridique, soient soumis sur une série de points, plus ou moins nombreux, plus ou moins importants, à des régimes différents⁴⁴³.

Certainement, Gaston JÈZE se distingua par des efforts de systématisation sans commune mesure avec ceux ses contemporains. L'influence que put trouver sa doctrine fut selon toute probabilité exacerbée par ses ouvrages, et pourtant il ne fut pas isolé. Un Georges RENARD tout juste agrégé (1920) y adressa des critiques récurrentes – non à propos des contrats administratifs, mais de la réduction du Droit à l'usage d'une technique juridique⁴⁴⁴.

569. La contribution décisive de JÈZE à la conceptualisation du droit administratif.

– Cette conception qui converge avec celle de Gaston JÈZE – telle qu'il l'exprima dans les premières années de la décennie 1920 – traduit une définition analytique du contrat qui est tout à la fois différente de l'acception donnée au contrat par les privatistes, ainsi que des doctrines institutionnalistes. Les premiers privilégient une appréhension qui fait hommage à la doctrine de l'autonomie de la volonté, en conférant aux parties cette faculté de générer une obligation plutôt qu'elles ne

⁴⁴² *Id.*, p. 159.

⁴⁴³ LAFERRIÈRE Julien, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour le diplôme d'études supérieures de droit public (1940-1941), et consacré à des questions diverses du contentieux administratif], Paris, Les cours de droit, 1941, p. 241-243.

⁴⁴⁴ Cf. plusieurs articles publiés par Georges RENARD au début des années 1920 : « La démocratie et l'État » (*in La nouvelle journée* 1921, IV, p. 164) ; « Abstraction et réalités dans l'élaboration du droit public » (*in La nouvelle journée* 1922, VI, p. 3) ; « Des sciences physiques aux sciences morales » (*in La nouvelle journée*, 1922, VII, p. 14) ; « Sur quelques orientations modernes de la science du droit » (*in Revue des jeunes* 1922, n° 7, p. 157).

viennent actionner, par la manifestation de leur volonté, une règle objective. Les seconds – Maurice HAURIOU ou encore Georges RENARD – placent le contrat en contraste avec l'adhésion à une institution. Ils le réduisent à une idée de spéculation en vis-à-vis avec une idée de collaboration⁴⁴⁵. Aussi ces auteurs confinent-ils le contrat dans des proportions plus modestes, de sorte que le concept contractuel ne permette pas de ramener à lui tous les accords consensuels.

Il faut en finir avec cette grossière illusion, encore trop répandue dans le monde des praticiens, que tout accord de volonté sur une objet de droit forme contrat. (...) Le contrat est une chose, l'adhésion en est une autre. (...) Il n'y a contrat qu'autant que l'objet de l'accord est réellement – non fictivement – le résultat d'une élaboration en commun, d'un débat ; il y a adhésion chaque fois que cet objet est l'œuvre unilatérale de l'une des parties, à laquelle l'autre partie n'a que le choix de donner ou de refuser son assentiment sans débat⁴⁴⁶.

Pour reposer sur des fondements théoriques différents, l'analyse que fit Gaston JÈZE des marchés de services publics en 1918 ne s'en éloigne pas beaucoup. L'autonomie qu'il prête aux marchés de services publics en leur désignant un régime juridique propre, coïncide avec une collaboration graduelle aux services publics. D'après cette partition, les marchés de fournitures uniques y sont assimilés – à demi-mots – à des contrats du droit commun, en tant qu'ils « *n'établissent pas entre l'administration et le contractant des rapports différents de ceux qui se forment entre un particulier quelconque et un marchand quelconque* »⁴⁴⁷. S'il n'abandonne pas cette typologie, il la relègue au second rang pour l'étude des marchés de fournitures. En publiant le premier tome de son traité sur les contrats administratifs, il promeut une définition des contrats administratifs empreinte de sa portée contentieuse. Il s'agit avant toute chose de les distinguer des contrats du droit privé : les contrats administratifs restent des contrats pour lesquels la juridiction administrative s'attribue compétence. Certainement, la définition qu'il donne du contrat n'est pas partagée par la doctrine civiliste, attachée à la doctrine de l'autonomie de la volonté. Elle ne s'en rapproche pas moins de quelques auteurs comme Julien BONNECASE qui en usant d'une technique juridique, replacent le contrat dans une théorie de l'acte juridique⁴⁴⁸ – au lieu de cadrer la théorie des obligations sur le contrat. La composition du traité précité de Gaston JÈZE est tout indiquée par cette conception déterminée par la technique juridique. Le contrat administratif recouvre ces situations individuelles pour lesquelles l'autonomie déclarée du droit public leur applique des règles spécifiques du droit privé.

⁴⁴⁵ Cf. par exemple : RENARD Georges, *L'institution. Fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933, p. 137 sq.

⁴⁴⁶ RENARD Georges, *Cours élémentaire de droit public : droit constitutionnel, droit administratif, droit financier*, Paris, Recueil Sirey, 1922, p. 70 (note de bas de page n° 2).

⁴⁴⁷ JÈZE Gaston, Note sur l'arrêt *Société d'éclairage de Poissy* (C.E., 18 février 1918), in R.D.P. 1918, p. 220.

⁴⁴⁸ Cf. BONNECASE Julien, *Supplément* [à la troisième édition du] *Traité théorique et pratique de droit civil par G. BAUDRY-LACANTINERIE*, op. cit., t. 2 (1925).

570. Le premier tome de cet ouvrage – *Les contrats administratifs* – est consacré à la définition contentieuse des contrats administratifs. Gaston JÈZE n'y réfute que très sommairement les doctrines concurrentes – celles de Léon DUGUIT et de Maurice HAURIOU. L'essentiel de son attention se fixe sur la jurisprudence du Conseil d'État : « *Étant admis, comme proposition fondamentale, que le droit d'un pays donné à un moment donné est celui qui est effectivement appliqué par les tribunaux, il faut reconnaître qu'il existe, en droit public français actuel, des contrats administratifs distincts des contrats civils* »⁴⁴⁹. Pour conférer toute sa portée à cette définition contentieuse, il présente à sa suite les principaux contrats administratifs, et mentionne ceux qui – au titre d'une disposition légale spéciale – relèvent de la juridiction contre-indiquée par l'usage de ces critères. Les trois derniers tomes sont consacrés au régime juridique des contrats administratifs. Il y définit le contrat :

Le *contrat* est une opération juridique bien déterminée, dont les éléments essentiels sont au nombre de quatre :

- 1° *accord* de volontés ;
- 2° accord *bilatéral* de volontés ;
- 3° en vue de *créer* une situation juridique ;
- 4° la situation juridique créée est *individuelle* et non pas générale⁴⁵⁰.

Les règles communes à tous les contrats de l'administration – qu'ils soient proprement administratifs ou de droit privé – et dont le respect en conditionne l'existence sont alors succinctement envisagées : ce sont celles sur la compétence, le libre consentement, l'objet, les motifs déterminants et les formes. Gaston JÈZE souligne à cet égard la parenté de ces règles avec celles du droit civil, qui n'en diffèrent qu'assez peu. Quelques pages y sont seulement consacrées, par des renvois à ses *Principes généraux du droit administratif*. L'objet principal de son traité est d'étudier ce qui se rapporte à la conclusion, l'exécution et la résiliation des contrats *de l'administration*. Dès à présent, les règles en cause sont présentées comme s'inspirant du droit privé.

Ces règles sont toujours empruntées au droit privé, mais tantôt elles sont transposées purement et simplement du droit privé ; tantôt, le plus souvent, elles sont plus ou moins modifiées.

Les modifications ont toujours une même raison d'être, il faut, par une certaine règle, faciliter le *fonctionnement du service public*⁴⁵¹.

Lorsqu'il envisage le régime de l'exécution de ces contrats, il insiste encore et toujours : « *Le principe fondamental qui domine la théorie de l'exécution des contrats de l'administration est celui-là même qui domine le Droit moderne : c'est le respect de la parole donnée* »⁴⁵². En développant la spécificité des obligations auxquelles ces contrats sont soumis, il met en exergue sa conception des contrats administratifs. Tout en étant

⁴⁴⁹ JÈZE Gaston, *Les contrats administratifs de l'État...*, *op. cit.*, t. 1 (1927), p. 10.

⁴⁵⁰ *Id.*, t. 2 (1932), p. 5-6.

⁴⁵¹ *Id.*, p. 11.

⁴⁵² *Id.*, p. 201.

imprimées par le fonctionnement des services publics, leurs obligations ne découlent pas tant de principes essentiellement propres au droit administratif. Au contraire, ils touchent aux « *principes de justice et d'équité qui dominent tous les contrats, de quelque nature qu'ils soient, de droit privé ou de droit public* »⁴⁵³.

Il faut bien observer que les *formules*, par lesquelles les Codes de droit privé ont traduit plus ou moins heureusement ces principes, ne s'appliquent pas aux contrats administratifs. (...) Les formules ne régissant pas les contrats administratifs, ce qui leur est applicable ce sont les idées qu'expriment ces formules : on pourra en tirer argument de l'*idée*, mais non du *texte*⁴⁵⁴.

Ce n'est qu'une fois admis cette idée suivant quoi les contrats administratifs répondent à des principes communs aux contrats – au travers desquels perce curieusement une ombre du droit naturel –, qu'il fait intervenir la gradation des contrats administratifs suivant le degré de collaboration avec le service public.

Cette classification est de la plus haute importance *au point de vue de la nature de l'étendue des obligations* de ceux qui contractent avec l'administration, parce qu'ils sont plus moins associés au fonctionnement des services publics⁴⁵⁵.

Pour le reste, le détail du régime juridique de l'exécution puis de la résiliation des contrats administratifs est explicitement emprunté aux contrats classiques du droit administratif : les concessions et les marchés. Il y tire l'essentiel – pour ne pas dire toutes – ses illustrations.

- 571. La théorie de JÈZE sous tension : une définition générique et contentieuse, rapprochée d'un régime juridique hypertrophié.** – L'objet de cet ouvrage conséquent (quatre volumes) réside dans cette démarche : abstraire les principes formalisés pour ces contrats, en leur assignant une portée étendue à tous les contrats inusuels pour lesquels le Conseil d'État s'est reconnu compétent depuis les années 1920. Cette généralisation – sans en critiquer la pertinence – paraît quelque peu forcée dans la mesure où l'œuvre de Gaston JÈZE charrie une profonde ambiguïté qui en rend l'interprétation malaisée. Il manifeste son attachement à un positivisme intransigeant qui ne trouve de meilleure illustration qu'à propos de la définition (contentieuse) des contrats administratifs. Pourtant, le reste son entreprise consiste à réévaluer doctrinalement la portée de principes originellement élaborés pour les contrats administratifs classiques. Il procède par affirmations successives, qui toutes ont la rigueur de sentences rêches. Il n'en reste pas moins qu'il s'octroie une grande latitude dans l'appréciation des principes dont il fait l'exposé. Autrement dit, il nous semble dissimuler une ambition doctrinale – dont nous ne contestons pas le caractère

⁴⁵³ *Id.*, p. 206.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Id.*, p. 212.

édifiant – par l'emploi d'une méthode dont les atours positivistes laissent accroire qu'il s'agit de l'état du droit positif. C'est dans cette contorsion que gisent les difficultés d'une entreprise doctrinale sur lesquelles nous débattons encore⁴⁵⁶ : le « père des contrats administratifs » comme nous nous plaisons à le dire, s'est efforcé de généraliser des régimes juridiques conçus pour les concessions et les marchés, à un contrat administratif dont la définition générique a pourtant été élaborée pour assimiler des contrats hétéroclites. La théorie des contrats administratifs porte les stigmates d'une politique jurisprudentielle aux ressorts complexes et enchevêtrés : ajuster les contours du contentieux administratif de sorte à en permettre une régulation appropriée ; admettre pour l'administration une liberté qui lui permît de choisir entre plusieurs procédés contractuels – entre gestion privée ou gestion publique. Ces préoccupations ont pénétré un droit administratif dont la cohérence en fut quelque peu malmenée. La définition contentieuse du contrat administratif fut assez peu en rapport avec les régimes juridiques qui furent formalisés depuis la fin du XIX^e siècle. La conception de la gestion privée comme politique de l'action administrative a sensiblement dénaturé les contrats administratifs tels qu'ils avaient été compris jusqu'alors par la doctrine administrative. Le traité de Gaston JÈZE illustre en quoi ces mutations consistèrent pour la doctrine administrative à résoudre la quadrature du cercle. La littérature administrative qui en est résultée en porte le témoignage. Qu'il s'agisse de thèses de doctorat, d'ouvrages spéciaux – dont il faut dire que celui de Gaston JÈZE est le seul⁴⁵⁷ – ou d'ouvrages généraux, tous traduisent un *hiatus* entre l'existence contentieuse des contrats administratifs, et les régimes juridiques applicables aux principaux d'entre eux. C'est ce que confirme la thèse de Georges PÉQUIGNOT dont l'entreprise ne doit rien au hasard. Celui-ci signale – à raison – que Gaston JÈZE s'est « *presque exclusivement* [intéressé] *aux grands contrats administratifs proprement dits* »⁴⁵⁸ auxquels se rapportent le régime de l'exécution et de la résiliation abordés dans les trois derniers volumes de son traité. Précisément, il justifie l'opportunité de ses travaux doctoraux en arguant de l'absence d'une théorie générale *du* contrat administratif qui ne soit pas un trompe-œil.

Faute de cette théorie générale, le droit administratif semble ne disposer que de contrats « nommés ». Or, à côté de ceux-ci, la jurisprudence nous révèle l'existence de contrats administratifs « innommés » pour lesquels aucun cadre doctrinal n'est tracé. (...) Il n'est donc pas sans intérêt de tenter

⁴⁵⁶ Cf. MARCUS Laure, *L'unité des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2010 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas).

⁴⁵⁷ Nous mettons de côté des ouvrages spécialement destinés aux praticiens. Ceux de Gaston MONSARRAT : *Contrats et concessions des communes et des établissements communaux de bienfaisance* (1920), *Marchés de travaux et de fournitures des communes et des établissements communaux de bienfaisance* (1926), puis la seconde édition des deux précédents en trois volumes (1947-1950) ; celui de Louis TÉTREAU : *Des marchés de fournitures* (1921) ; celui de Julien LE CLÈRE : *Les marchés de fournitures et de travaux publics* (1949).

⁴⁵⁸ PÉQUIGNOT Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, Perpignan, Imprimerie du Midi, 1945 (thèse de doctorat, faculté de Montpellier ; présidée par NESMES-DESMARETS, professeur de droit administratif), p. 2.

d'établir la théorie générale du contrat administratif « innommé », c'est-à-dire une théorie applicable à tout contrat administratif par nature⁴⁵⁹.

Cette hypothèse est corroborée par la presque quasi-totalité des ouvrages de droit administratif de l'Entre-deux-guerres. D'une part, nous avons précédemment exposé que leur plan tendait à envisager les contrats administratifs du point de vue du contentieux, puis à aborder les contrats classiques dans des parties éparses – l'organisation des services publics pour les concessions ; le domaine public et les travaux publics pour les marchés. D'autre part, la consultation des *index* nous apporte un témoignage supplémentaire dans le sens de notre thèse. Lorsque l'occurrence « contrat administratif » y est insérée, elle renvoie presque toujours à la définition qu'en donne le contentieux administratif – plus rarement à l'exception de recours parallèle. Le précis de Roger BONNARD en est un cas emblématique. Il l'introduit dans son *index* à partir de la deuxième édition (1935) pour renvoyer aux développements sur la délimitation du contentieux administratif⁴⁶⁰. Cette occurrence fit dans l'*index* du traité élémentaire de Henry BERTHÉLEMY une apparition tardive (1938)⁴⁶¹ : vraisemblablement à l'instigation de Jean RIVERO, ce pour renvoyer à un chapitre sur la compétence administrative. De même, Maurice HAURIOU – qui est de la même génération – n'en fit aucune mention⁴⁶². Marcel WALINE indique seulement une occurrence à « contrat » en lien avec sa théorie des contrats administratifs – développée au sein d'une théorie générale des obligations en droit administratif. À partir de la troisième édition (1945), il remplace cette occurrence par « contrat administratif ». Il n'y a que le précis de Louis ROLLAND qui manifeste une singularité en liant cette locution non seulement au contentieux administratif, mais encore aux propos par lesquels il traite des actes dont l'administration use pour la gestion des services publics, de la collaboration des particuliers, des concessions et des marchés⁴⁶³. Par contraste avec le reste de la littérature contemporaine, l'on peut y discerner les linéaments d'une doctrine plus singulière, par le biais de laquelle les contrats administratifs sont le support d'une collaboration spéciale employée au fonctionnement des services publics. La huitième édition (1943) l'indique beaucoup plus explicitement en organisant ses renvois en trois *items* : « Distinction avec le contrat

⁴⁵⁹ *Id.*, p. 3.

⁴⁶⁰ Il élargit le spectre de ces renvois à partir de la troisième édition (1940), où s'y ajoute un lien avec un paragraphe succinct sur l'usage du droit privé pour le fonctionnement des services publics, et le recours parallèle à l'excès de pouvoir.

⁴⁶¹ Cf. BERTHÉLEMY Henry & RIVERO Jean, *Cinq ans de réformes administratives (1933-1938). Législation. – Réglementation. – Jurisprudence (supplément à la XIII^e édition du Traité élémentaire de droit administratif)*, Paris, Rousseau & C^{ie}, 1938.

⁴⁶² André HAURIOU introduisit l'occurrence « contrat administratif » dans la cinquième édition du *Précis élémentaire de droit administratif* (1943) pour renvoyer aux contrats passés pour les travaux publics, aux marchés de fournitures et contrats passés en gestion privée.

⁴⁶³ Il s'agit de la deuxième édition de son *Précis de droit administratif* (1928). Ainsi qu'il l'indique dans une préface, la première édition (1926) n'est pas à proprement parler de son fait, puisqu'elle procède de notes prises de ses cours. Il ne paraît pas que Louis ROLLAND ait été l'auteur de l'*index* y afférent.

de droit privé » ; « *Notion* » ; « *Régime juridique* ». La consultation de ces *index* aide donc à voir la dynamique avec laquelle les contrats administratifs furent diversement saisis, ainsi que la prédominance du prisme contentieux.

572. La théorie des contrats administratifs : une technique juridique destinée à publiciser la théorie civile des contrats. – C'est le « père » de la théorie des contrats administratifs – d'après l'opinion de Georges VEDEL⁴⁶⁴ – qui, curieusement, fit l'aveu de cette faiblesse : celle-ci ne sera jamais qu'une technique dont la teneur sera celle indiquée par le droit positif. Tout en louant la force de la thèse de Georges PÉQUIGNOT (1945), Gaston JÈZE – qui ne partage toutes ses conclusions –, en fixe si bien les limites qu'il en dévalue la portée comme n'étant rien de plus qu'une œuvre de l'esprit.

Le résultat de ses efforts est digne d'éloges. Pour ma part, je ne les lui ménage pas. Avec raison, il ne s'illusionne pas ; il sait qu'il lui faudra constamment retoucher son travail à mesure que le Conseil d'État modifiera sa jurisprudence. C'est le sort de tout exposé synthétique jurisprudentiel ; il n'est valable et utile qu'à la condition d'être, à tout moment, conforme aux solutions consacrées par le haut tribunal administratif. Le droit d'un pays, à un moment donné, est celui qu'appliquent les tribunaux⁴⁶⁵.

Bien sûr, Georges PÉQUIGNOT s'est attaché à la jurisprudence administrative en l'intégrant abondamment à son dispositif démonstratif. Sa thèse ne serait-elle pour autant qu'un « *exposé synthétique jurisprudentiel* » ? On peut en douter. Ce fut précisément le propre – et la faiblesse – des thèses précitées comme du traité de Gaston JÈZE, dont l'absence de toute réédition participe à faire voir qu'il s'est agi d'une œuvre rivée au droit positif, au sujet de laquelle l'on peut regretter une ambition doctrinale qui ne fût pas assumée plus explicitement. Il n'y a rien de fortuit à lire dans le même fascicule de la *Revue du droit public* où Gaston JÈZE recense la thèse de Georges PÉQUIGNOT, une étude jurisprudentielle qui vise précisément à contrer les idées sur lesquelles ce dernier assit la singularité du contrat administratif : l'immutabilité des obligations et l'effet relatif du contrat. Cette coïncidence est parfaitement délibérée, nous n'en doutons point. Gaston JÈZE les pourfend pour assigner au contrat administratif une portée moins subversive : celle d'une technique contractuelle, comme certains civilistes ont d'ailleurs appréhendé le contrat depuis les années 1930 – sous le déclin de la doctrine de l'autonomie de la volonté et de la promotion du positivisme juridique.

Le contrat administratif n'est qu'un procédé de technique juridique mis à la disposition des agents publics pour assurer le fonctionnement régulier et continu des services publics, par des moyens juridiques plus faciles et plus énergiques que les moyens du droit privé. La justification de ce procédé

⁴⁶⁴ VEDEL Georges, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1958-1959 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 589.

⁴⁶⁵ JÈZE Gaston, Recension de la *Contribution à la théorie générale du contrat administratif* (1945) de PÉQUIGNOT, in *R.D.P.* 1945, p. 276.

technique spécial est dans la notion de service public. C'est donc uniquement pour atteindre un but d'intérêt public (service public) que ce procédé technique spécial a été imaginé et peut être utilisé⁴⁶⁶.

La démarche empruntée par Georges PÉQUIGNOT dans sa thèse de doctorat est bien différente. En souligner la divergence, c'est presque faire apparaître l'alternative qui a nourri la doctrine administrative depuis les années 1950 jusqu'à aujourd'hui – étant donné que les doctrines institutionnalistes ne se sont guère épanouies au-delà de leurs promoteurs – Maurice HAURIOU (décédé en 1929) et Georges RENARD (décédé en 1943) pour le droit public, Gaston MORIN pour le droit privé (qui fait dans sa discipline figure d'un iconoclaste impénitent)⁴⁶⁷. Georges PÉQUIGNOT est aux antipodes de Jean ROUVIÈRE. Nous avons dit que ce dernier avait présenté une conception qui rapprochait les contrats administratifs des contrats du droit privé en les présentant comme une catégorie contigüe à celle des contrats privés. C'est-à-dire comme des contrats au plein sens du terme, auxquels s'appliquaient des règles spéciales comme les contrats commerciaux en connaissent. Georges PÉQUIGNOT s'emploie non pas à organiser l'hétérogénéité des contrats administratifs, mais à en abstraire une nature – et non pas seulement une définition – qui pût les embrasser tous indifféremment.

Les contrats innommés se trouvent en quelque sorte égarés et nus au sein du droit administratif : égarés, parce que le contrat est une institution du droit privé et celui-ci paraît être son domaine d'élection ; nus, parce que les vêtements des contrats administratifs nommés sont trop personnels à ceux-ci pour pouvoir être automatiquement offerts à tout contrat nouveau venu dans le droit public. (...)

Étudier chaque contrat administratif innommé pour faire le vêtement administratif qui lui conviendrait n'offrirait qu'un intérêt fort limité. Il est infiniment préférable de tenter de doter le droit administratif (qui ne possède jusqu'ici que des vêtements sur mesure pour quelques contrats nommés), du moule, de la forme, qui lui permettra de vêtir indistinctement tous les contrats innommés. (...)

Le contrat administratif a fait craquer ce moule [jusqu'alors emprunté à la théorie civile des obligations] de toutes parts. Il importe donc d'en construire un nouveau qui soit exactement à la taille du contrat administratif, de tout contrat administratif⁴⁶⁸.

573. L'essai doctrinal de PÉQUIGNOT : l'affirmation singulière d'un contrat administratif irréductible au contrat. – Cet auteur s'offre à une critique similaire à celle que nous avons adressé à Gaston JÈZE : le régime juridique commun aux contrats administratifs est principalement abstrait des contrats administratifs nommés. Proposer une théorie des contrats administratifs qui appliquât aux uns (les

⁴⁶⁶ JÈZE Gaston, « Le régime juridique du contrat administratif », in *R.D.P.* 1945, p. 251.

⁴⁶⁷ En droit privé, la théorie de l'institution fut plus longtemps controversée, notamment à un moment où, après la Seconde Guerre mondiale, la cohésion du droit interne fut discutée à l'aune du droit du travail, du droit commercial.

⁴⁶⁸ PÉQUIGNOT Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, *op. cit.* (1945), p. 56.

contrats innommés) les règles formalisées pour les autres (les contrats nommés) présente le risque d'être artificieuse. Toutefois, Georges PÉQUIGNOT assume cet exercice éminemment doctrinal : « *Nous trouvons surtout des contrats de concession, des marchés de travaux publics, des marchés de fournitures, rarement quelque contrat innommé d'une espèce particulière* ». Précisément, son ambition tend à « *faire rendre les éléments qui sont de leur essence commun, c'est-à-dire, ceux que l'analyse retrouvera partout et toujours dans les contrats administratifs nommés ou innommés, passés ou à venir* »⁴⁶⁹. Il admet bien que certaines caractéristiques sont communes à tous les contrats, comme celles qui se rapportent aux conditions d'existence du contrat – tel l'objet et la cause. Ces règles spéciales qu'applique le droit administratif procèdent d'une adaptation du droit civil. En revanche, d'autres sont plus significatives en tant qu'elles y sont irréductibles – mieux encore, en tant qu'elles nient la conception que les civilistes se font du contrat.

Certaines [des règles particulières applicables aux contrats administratifs] se présentent comme une adaptation, voire une modification ou une déformation des règles du droit privé. Sous leurs particularités, on ne cesse d'apercevoir leur origine [c'est-à-dire le droit civil]. (...)

Mais – et c'est là, plus que l'originalité du contrat administratif, la différence de nature entre celui-ci et le contrat de droit privé – *il est des règles qui sont propres au contrat administratif* et ne se retrouvent pas dans le droit privé. *Il est même des règles qui opposent l'un et l'autre de ces contrats.* (...) Les règles de l'immutabilité et de la relativité des contrats du droit privé se trouvent remplacées par les *règles contraires* de la mutabilité des contrats administratifs et des effets des contrats administratifs à l'égard des tiers. Pour ces règles ignorées du droit privé et surtout pour celles qui mettent le droit administratif en contradiction avec les théories civilistes, est-il légitime de répéter l'affirmation traditionnelle ? Nous ne le pensons pas⁴⁷⁰.

Le contrat administratif n'est pas un contrat reconnaît-il – s'il en conserve la terminologie, c'est à raison de l'inertie du langage dont il souhaite jouer des limites plutôt que le subvertir. *In fine*, Georges PÉQUIGNOT admet ce contrat comme « *un acte administratif proprement dit* »⁴⁷¹, c'est-à-dire un acte d'administration auquel les administrés ne sont pas moins intéressés que pour les actes administratifs unilatéraux. Cette acception n'est pas une incise scolastique, seulement énoncée pour parfaire un modèle théorique dont la validité résidât dans sa cohérence. Il en détermine immédiatement les enjeux :

Le contrat administratif nous montre l'Administration exerçant un véritable pouvoir sur son cocontractant, dépassant les droits qu'une saine technique contractuelle peut faire reconnaître à un cocontractant ordinaire. Il nous semble donc que rien ne s'oppose rationnellement, à l'admission du recours pour excès de pouvoir pour contrôler ce qu'il y a de pouvoir dans le

⁴⁶⁹ *Id.*, p. 57.

⁴⁷⁰ *Id.*, p. 604-605.

⁴⁷¹ *Id.*, p. 573.

contrat administratif et dans les actes accomplis par l'Administration pour son exécution⁴⁷².

574. En traitant dans un appendice sur le recours pour excès de pouvoir et le contrat administratif, il n'est pas seulement question de réagir à une question contemporaine étudiée peu avant lui⁴⁷³, mais de l'employer à convaincre que le contrat administratif est un acte qui intéresse tous les administrés : « *Tout citoyen n'a-t-il pas droit à ce que l'Administration agisse légalement que lorsqu'elle accomplit des actes administratifs proprement dits et non lorsqu'elle conclut des contrats ?* »⁴⁷⁴. Les contrats administratifs ne sont pas conçus comme des actes auxquels ne sont intéressées que les parties contractantes ; mais comme un acte d'administration pour lequel il n'est pas moins opportun de s'assurer que l'administration agisse conformément au Droit. C'est par cette conclusion que le futur doyen de la faculté de Montpellier donne à saisir l'essence du contrat administratif. Il réproouve catégoriquement cette conception individualiste qui n'appréhende au travers du contrat que les parties, comme si son objet s'était privatisé par le fait d'avoir été contractualisé. Il ne voit pas seulement que les prérogatives de l'administration fussent susceptibles d'abus, justifiant à cet égard un contrôle de la juridiction administrative. Que l'administration gère unilatéralement ou contractuellement les intérêts attachés aux services publics, les administrés sont toujours légitimes à critiquer – non pas la pertinence de la gestion – mais tout au moins sa légalité. La réponse que lui adresse Gaston JÈZE montre bien l'incompréhension qui existe entre deux auteurs qui se placent à des points de vue différents.

Tout d'abord, quoi qu'on dise, le contrat administratif est un contrat.
(...)

Tant que la législation subsiste, le Conseil d'État a le devoir de l'appliquer. Il excéderait ses pouvoirs en substituant le recours pour excès de pouvoir à l'organisation juridictionnelle et à la procédure édictée pour les contrats.

Telle est la raison donnée par le Conseil d'État *en termes clairs et catégoriques* : les litiges soulevés par les contrats de l'administration relèvent de la compétence du juge de ces contrats. Il n'y a là rien d'inexpliqué et d'inexplicable.

Le Conseil d'État n'est pas soucieux d'accroître sa compétence, déjà très large. Sa préoccupation est d'assurer aux particuliers, *en respectant la loi*, la garantie du contrôle juridictionnel⁴⁷⁵.

Cette réponse laisse voir – par le strict positivisme auquel Gaston JÈZE s'attache résolument – qu'il y a là une divergence de perspectives inconciliables. Pour l'un, le contrat administratif est une technique juridique : elle rend compte de certaines

⁴⁷² *Id.*, p. 591.

⁴⁷³ Cf. DEBEYRE Guy, « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », in *R.D.P.* 1938, p. 215. Professeur à la faculté de Montpellier, celui-ci siégea dans le jury de thèse de Georges PÉQUIGNOT.

⁴⁷⁴ PÉQUIGNOT Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, *op. cit.* (1945), p. 599.

⁴⁷⁵ JÈZE Gaston, « Le régime juridique du contrat administratif », in *R.D.P.* 1945, p. 259-260.

particularités indiquées par la cause du contrat, savoir le service public. C'est en ce sens qu'il dénie le pouvoir de modification unilatérale de l'administration comme d'une prérogative dont l'administration contractante disposerait en toutes circonstances ; ce pouvoir ne résulterait que du pouvoir réglementaire qui trouve à s'appliquer spécialement aux concessions de service public et à quelques autres contrats déterminés⁴⁷⁶.

Paragraphe 2. – De l'assimilation du contrat au droit administratif, à la privatisation latente du droit administratif

575. L'influence de la théorie de la gestion privée sur la privatisation de la théorie des contrats administratifs. – Cette controverse n'est pas seulement celle de deux auteurs aux idées divergentes. Elle traduit bien plutôt une conception doctrinale qui entérine le contrat administratif comme contrat, et en apprécie les singularités pour l'en rapprocher au mieux. Il faut admettre que des opinions aussi catégoriques que celles de Georges PÉQUIGNOT sont d'autant plus remarquables – et remarquées – qu'elles sont rares. Elles sont presque un témoignage unique. Souvent engagée ici et là – dans des traités, des manuels universitaires, des notes d'arrêts, *etc.* – la question afférente à la nature des contrats administratifs est rarement envisagée pour elle-même. Les auteurs lui consacrent plus ou moins d'attention, pour poursuivre leurs propos à d'autres effets. Outre Gaston JÈZE, peut-être pouvons-nous citer André MOREL qui, dans une démarche similaire à celle de ce dernier, travailla exclusivement à examiner la nature des marchés de fournitures dans une étude qui revendique clairement une portée doctrinale⁴⁷⁷. Certes, cette question a souvent été débattue à propos de la compétence administrative après l'avoir été en relation avec la théorie de l'imprévision. Toutefois dans un cas comme dans l'autre, la réponse apportée est comme affectée par la solution qui en découle – que ce soit pour désigner la juridiction compétente ou bien pour apprécier ladite théorie. Lorsque des administrativistes se saisissent des contrats administratifs pour en qualifier la nature, il faut prendre garde à ne pas s'exagérer le sens qu'ils attribuent à ce terme : « nature ». Julien LAFERRIÈRE s'y arrête pour insister sur cette idée que par différence de « nature », ses contemporains y voient une différence de régimes juridiques – non pas une différence qui tînt à la qualité intrinsèque de l'acte⁴⁷⁸. De même, Achille

⁴⁷⁶ *Id.*, p. 256 *sq.*

⁴⁷⁷ Cf. MOREL André, *Les marchés de fournitures des départements de la guerre et de marine...*, *op. cit.* (1918).

⁴⁷⁸ LAFERRIÈRE Julien, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour le

MESTRE qui publia de nombreuses notes d'arrêts à ce sujet, est un autre exemple topique de cette opinion majoritaire dans la doctrine administrative. Nous rapportons de lui des propos déjà signalés :

Le contrat constitue l'institution essentielle du droit civil, qui est demeurée longtemps si étrangère au droit public que l'expression même de « contrat administratif », combattue par nombre d'auteurs, n'est passée qu'assez récemment dans la langue juridique courante⁴⁷⁹.

C'est ce qu'il enseigna lorsque – dans les années 1930 – il assumait à la faculté de Paris le cours de droit administratif en deuxième année de licence. Le contrat administratif ne renvoie qu'à l'une des deux catégories de contrats qu'emploie l'administration, chacune impliquant la mise en œuvre de règles particulières⁴⁸⁰. Marcel SIBERT qui assura ce cours pour l'année universitaire 1937-1938, déploie la même approche et comprend pareillement le contrat administratif. Il ne faut pas se laisser abuser par l'emploi du mot « nature » : le contrat administratif n'est pas d'une nature spécifique du contrat ; il consiste en un mode de contracter différent de celui employé par les particuliers, tel que le code civil le consacre⁴⁸¹. En soulignant la dialectique doctrinale qui s'est faite entre le droit public et le droit privé, Achille MESTRE nous paraît indiquer que le contrat administratif résulte d'une publicisation du contrat, corollaire d'une privatisation du droit administratif. Si l'on peut discuter de la justesse historique de cette interprétation rapportée par un acteur (secondaire) de cette genèse, il n'en reste pas moins qu'il l'explique sans ambages :

Pendant très longtemps on a été rebelle à cette idée de contrat administratif. Tous les auteurs du Droit civil s'insurgeaient contre l'idée de contrat administratif en disant : ou c'est un contrat et c'est du droit privé ; ou c'est du droit administratif, mais ce n'est pas un contrat. C'est très lentement que la jurisprudence du Conseil d'État et la doctrine administrative ont réussi à acclimater cette théorie qui est aujourd'hui reconnue par tout le monde⁴⁸².

- 576.** Parmi plusieurs témoignages diffus, l'un est particulièrement explicite – celui de Louis TROTABAS qui publia un article dans une revue de science administrative : *L'État moderne*⁴⁸³. Cet article est particulièrement édifiant car en s'adressant pas spécialement à des juristes, cet auteur n'emprunte pas ce ton normalisé, employé

diplôme d'études supérieures de droit public (1940-1941), et consacré à des questions diverses du contentieux administratif], *op. cit.* (1941), p. 236 sq.

⁴⁷⁹ MESTRE Achille, Note sur l'arrêt *Bureau international de l'édition musico-mécanique* (C.E., 21 janvier 1938), in *S.* 1940. 3. 9.

⁴⁸⁰ MESTRE Achille, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour la deuxième année de licence (1933-1934)], *op. cit.* (1934), p. 372 sq.

⁴⁸¹ SIBERT Marcel, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour la deuxième année de licence (1937-1938)], *op. cit.* (1938), p. 569 sq.

⁴⁸² MESTRE Achille, *Répétitions écrites de droit administratif* [cours dispensé à la faculté de Paris pour la deuxième année de licence (1942-1943)], Paris, Les cours de droit, 1943, p. 194.

⁴⁸³ Sur cette revue, cf. DESCAMPS Florence, « *L'État moderne*, une contribution originale des fonctionnaires des finances à la réforme de l'État (1928-1940) », in *Revue française d'administration publique* 2006, n° 4, p. 667.

pour connoter une expertise juridique et une autorité doctrinale ; il est tout à la fois plus libre et plus incisif.

Le droit administratif était animé d'abord d'une force essentiellement dynamique : il sut s'annexer, précisément par le moyen du service public, les provinces du droit privé que ne gardait pas farouchement la liberté économique. PELLETIER, BLANCO, TERRIER, FEUTRY, THÉRON, sont des noms de victoire, parmi tant d'autres, qui peuvent être brodés sur le drapeau du droit administratif. Aujourd'hui, affaibli sans doute pas sa qualité même de « puissance satisfaite », le droit administratif a perdu de son mordant, il a cessé d'être conquérant et le service public est arrêté dans son expansion. MÉLINETTE marque une défaite, VERBANCK tout au plus une résistance sur une ligne de défense. Et en même temps que la période de conquête du droit administratif prenait fin, l'influence du droit privé apparaissait dans ses propres frontières et s'y développait. L'idée lointaine de collaboration des particuliers au service public a permis de jeter des ponts entre le monde administratif et la vie privée⁴⁸⁴.

Au fil de cette analyse, le contrat administratif n'est pas senti – ainsi que nous serions enclin à le penser – comme une conquête du droit administratif qui aurait su s'approprier un concept civiliste pour étendre son empire ; mais plutôt comme une tête-de-pont du droit civil jetée en plein territoire administratif. Pour employer la même rhétorique guerrière que le professeur aixois, la conceptualisation du contrat administratif est une réaction de certains administrativistes face à une intrusion privatiste qui s'est faite par le truchement du contrat. Il fixe de près les limites en-deçà desquelles le droit privé exerce son expansionnisme.

Aujourd'hui le service public n'est plus le « Sésame, ouvre-toi » de l'autonomie administrative : il faut que le service soit immédiatement en cause, qu'un contrat administratif soit en question, etc.⁴⁸⁵

L'appréciation qu'il porte sur le droit administratif de l'Entre-deux-guerres permet d'inscrire la conceptualisation du contrat administratif dans une perspective qui est celle d'une privatisation latente du droit administratif. « *Crise de croissance, encombrement des juridictions administratives, peut-être, ou revanche de ce vieux fonds irréductible du droit commun contre lequel le régime administratif avait voulu se cantonner, et qui reprend ses droits...* »⁴⁸⁶.

577. Il faut en outre considérer ce fait d'après quoi l'élévation d'une doctrine publiciste à l'égale de son homologue privatiste a permis dans l'Entre-deux-guerres une dialectique qu'a favorisé une compénétration des deux droits, dans un face à face où droit public et droit privé tendent à être des référents autour desquels s'agrège l'unité et par lesquels se pense la complexité. À la même époque, la publicisation du contrat de travail permet à certains privatistes d'explicitier l'autonomisation du droit social⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ TROTABAS Louis, « La gestion des services publics : gestion publique ou gestion privée ? », in *L'État moderne* 1938, n° 11, p. 210.

⁴⁸⁵ *Id.*, p. 212.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ Cf. DELBEZ Louis, « Une conquête du droit public : le contrat de travail », in *R.D.P.* 1939, p. 462.

De l'autre bord, le droit administratif se privatise sous les coups de la gestion privée dont le principe s'est généralisé avec la réforme de l'État – et dont Louis TROTABAS vise les raisons fallacieuses qui à son sens la soutiennent :

C'est une considération financière, une idée d'économies, qui détourne en effet du service public et explique toutes les conquêtes de l'idée de gestion privée dans le monde administratif.

Derrière chacune des formules par lesquelles se manifeste cette conquête, ou par lesquelles elle essaie de s'affirmer, on retrouve toujours cette même idée : le service public est onéreux, la gestion privée est bénéficiaire⁴⁸⁸.

La gestion privée est l'étendard de la rationalisation des services publics que certains s'essayent à réorganiser pour soulager les finances publiques. Le droit privé est mobilisé comme « *un moyen d'équilibre financier [des services publics], une recherche de profit ou d'économies* »⁴⁸⁹. Le contrat administratif n'est pas tant une citadelle sise jusque dans les contrées du droit privé, mais un point de résistance ceint de toute part par la théorie de la gestion privée – avant-garde du droit privé sous des couleurs qui la rendent pernicieusement familière aux administrativistes. Sa définition par le moyen des clauses exorbitantes du droit privé a permis d'en cerner les limites pour ramener au droit privé nombre des contrats de l'administration. Doctrinalement, la théorie de la gestion privée a résolument rapproché le contrat administratif du contrat de droit privé, que – dans les années 1930-1940 – rien de différencie plus, sinon la présence de clauses exorbitantes du droit commun. Comment le contrat administratif pourrait-il être d'une nature intrinsèquement différente du contrat de droit privé, si cette nature même est indiquée par certaines clauses qui peuvent y être stipulées ou ne pas l'être. Qu'est-ce qu'un contrat administratif, sinon un contrat dans lequel l'on trouve des clauses inconnues, à tout le moins inhabituelles au droit privé ? L'on ne doit pas être surpris de trouver une telle conception énoncée sous la plume d'un Achille MESTRE vers la même époque :

Toute la jurisprudence dit, redit et proclame que la Concession est un Contrat, n'est qu'un Contrat.

Sans doute, c'est un Contrat administratif soumis aux règles particulières du Droit administratif qui ne suppriment certes pas celles du Droit civil, mais les complètent, les assouplissent, les orientent. (...) Adaptée aux exigences de la vie administrative, la Concession demeure un Contrat⁴⁹⁰.

En s'en réjouissant, cet auteur verbalise cette inclination diffuse par laquelle le droit administratif assimile le contrat en en conservant l'essence. La théorie des contrats administratifs a procédé à la publicisation du contrat, précisément à une époque où, la doctrine publiciste s'étant spécifiée en marginalisant le contrat, le développement

⁴⁸⁸ TROTABAS Louis, « La gestion des services publics : gestion publique ou gestion privée ? », in *L'État moderne* 1938, n° 11, p. 212.

⁴⁸⁹ *Id.*, p. 213.

⁴⁹⁰ MESTRE Achille, « Préface », in TESTE Pierre, *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique (étude de jurisprudence)*, Paris, Dalloz, 1940, p. xij-xiii.

de la gestion privée en diffusa le modèle au sein même du droit administratif. Ce n'est pas que le contrat eût été étranger au droit administratif. Seulement dans les années d'avant-guerre, la doctrine administrative a pensé son identité dans un antagonisme avec un droit privé emblématisé par le contrat. Dans ces décennies, cette entreprise doctrinale avait démontré sa cohérence en assimilant l'activité contractuelle d'après le schème réglementaire/unilatéral – d'où le peu d'intérêt manifesté pour les marchés de fournitures qui, par leur objet, sont plus facilement assimilables aux contrats du droit privé que ne le sont les marchés de travaux publics et les concessions de service public. Cependant, la Grande Guerre conduisit l'État à passer nombre de contrats pour des activités dont il n'était pas coutumier. Les motifs qui inspirèrent cet interventionnisme inclinèrent la jurisprudence administrative à en attirer certains à sa compétence. D'où une profonde perplexité de la doctrine administrative, mise en difficulté à devoir rendre compte de contrats irréductibles au schème réglementaire. D'où l'acculturation du contrat par son assimilation au droit administratif, *via* le concept de contrat administratif, que permit d'étayer la technique juridique publiciste. La publicisation du contrat et la privatisation du droit administratif sont deux phénomènes concomitants et rigoureusement solidaires. Si pour une part ils résultent de mutations proprement juridiques, ils n'en procèdent pas moins d'une représentation du droit administratif en germe depuis le début du XX^e siècle. C'est en ce sens que par une lecture croisée, nous comprenons la citation plus haut reproduite et tirée d'une de ses notes d'arrêts d'Achille MESTRE (1940). Car à la même époque, il tint des propos analogues :

Tous ceux qui sont attachés à la tradition juridique et pour lesquels le progrès consiste non à saccager les données classiques mais à les adapter, se réjouiront sincèrement de voir l'idée essentielle de CONTRAT, qui dans la doctrine semblait depuis quelques années subir une éclipse, dominer toute la jurisprudence de la concession⁴⁹¹.

La préface à laquelle nous empruntons cette citation est particulièrement édifiante en ce qu'elle se situe sur l'arête d'une réflexion doctrinale qui, de la fin des années 1930 jusqu'aux années 1950, a réorienté – ou plutôt a déterminé l'orientation donnée à la conceptualisation du contrat administratif entreprise peu avant dans les années 1920. Pour ce faire, Achille MESTRE s'est engagé dans une relecture critique de la jurisprudence administrative qui atteste de cette volonté de contenir la portée virtuellement subversive du contrat administratif, en réappréciant les bases mêmes à partir desquelles celui-ci a été pensé par les administrativistes.

Pour vérifier le bien-fondé des vues de M. TESTE [auteur de l'ouvrage qu'il préface] sur la nature contractuelle de la Concession, j'ai relu le célèbre arrêt du Conseil d'État qui a été rendu le 10 mars 1910 aux conclusions de

⁴⁹¹ *Id.*, p. xi-xij.

M. Léon BLUM [l'arrêt *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française des tramways*]⁴⁹².

578. Une inflexion doctrinale destinée à oblitérer les accents autonomistes de la théorie des contrats administratifs. – Les administrativistes des années 1950 qui ont tendu à civiliser – ou pourrait-on dire « contractualiser » – le contrat administratif, se sont précisément attachés à contester l'existence d'un pouvoir général dont l'administration disposerait pour modifier unilatéralement les contrats administratifs. En tant qu'emblème de l'exorbitance des contrats administratifs, puisque dérogeant à l'immutabilité des obligations, elle fut préférentiellement discutée. L'arrêt dit des *Tramways de Marseille* a fait l'objet de nombreuses études destinées à en réapprécier la portée. Dès 1940, Achille MESTRE conclut à l'inexistence d'une telle prérogative, fondée sur une lecture tronquée des conclusions de Léon BLUM. C'est surtout Jean L'HUILLIER qui attira l'attention sur cette question dans un article suscitant de nombreuses réactions. À l'instar d'Achille MESTRE, ce professeur poitevin s'insurge contre cette idée « *banale* » d'après laquelle :

Les contrats dits administratifs n'emportent pas des effets identiques pour les sujets qu'ils lient. (...)

Cette conception unilatérale des effets du contrat administratif est le résultat d'une curieuse évolution doctrinale⁴⁹³.

C'est à l'encontre d'un des principes les plus singuliers du droit administratif – celui qui déroge à l'immutabilité des obligations contractuelles – qu'il dirige sa critique ; à l'encontre d'« *une sorte de dogme que [certains administrativistes] proposent à la foi des futurs juristes* »⁴⁹⁴. Souhaitant oblitérer la singularité des contrats administratifs qu'il estime avoir été artificiellement accentuée, il s'évertue à justifier les prérogatives de l'administration par le biais du droit civil.

[Le principe de modification unilatérale des contrats administratifs] peut aisément s'expliquer sans qu'il soit besoin de faire appel à un prétendu principe dérogatoire au droit commun des contrats. Elle n'est, en réalité, qu'une application de cette règle générale formulée pour les contrats de droit privé, par l'art. 1135 c. civ. et d'après laquelle « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Ce que le code appelle l'usage porte ici le nom de pratique administrative⁴⁹⁵.

Et de conclure : « *Le principe fondamental du droit des contrats (...) vaut (...) pour l'Administration contractante aussi bien que pour les particuliers* »⁴⁹⁶. Pareillement, le professeur DUFAU publia une étude dont les conclusions, pour être moins

⁴⁹² *Id.*, p. xiiij.

⁴⁹³ L'HUILLIER Jean, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », in *Dalloz* 1953, chron. p. 87.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ *Id.*, p. 90.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

rigoureuses que celles de Jean L'HUILLIER, participent de la même préoccupation doctrinale :

Dans le but de placer leur discipline à l'abri de toute « contamination civiliste », les publicistes ont tendance à représenter les rapports entre Droit Administration et Droit Civil, dans les termes d'une antinomie foncière. En matière de contrats administratifs, notamment, la plupart d'entre eux rejettent l'application de l'article 1134 du Code Civil, qui constitue la base fondamentale du droit privé des obligations⁴⁹⁷.

579. Le professeur BÉNOIT entreprend quelques années plus tard la même démonstration : l'interprétation de l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* aboutit à dénier à l'administration un pouvoir qui fût négateur de l'idée même de contrat – au sens où les civilistes le conçoivent. Le contrat administratif en emprunte les caractères – sauf quelques aménagements :

Le contrat administratif constitue donc la loi des parties. Comparé au contrat de droit privé, son régime s'en distingue sur des points certes très importants, tels que la résiliation, les sanctions ou l'imprévision, mais qui ne touchent pas à l'essence même du contrat. Il y a donc, derrière une sérieuse diversité des régimes, unité de la notion de contrat dans notre Droit. Le contrat administratif est bien un contrat, c'est-à-dire un acte juridique résultant de l'accord de deux volontés et qui ne peut être modifié que par un nouvel accord de ces volontés. S'il n'en était pas ainsi, pourrait-il d'ailleurs y avoir des contrats administratifs ?⁴⁹⁸

Dans un premier temps, André de LAUBADÈRE – à l'instar de ses contemporains⁴⁹⁹ – admet ce pouvoir général de modification unilatérale⁵⁰⁰. Il en tempère la portée en le restreignant – comme le fit Gaston JÈZE en 1945 – à des contrats déterminés, pour lesquels l'exercice de cette prérogative s'impose non pas tant à raison de leur nature

⁴⁹⁷ DUFAU Jean, « Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concessions de service public », in *A.J.D.A.* 1955, I, p. 65.

⁴⁹⁸ BÉNOIT Francis-Paul, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », in *J.C.P.* 1963, I, 1775.

⁴⁹⁹ Nous pensons à Roger BONNARD dont la dernière édition de son précis paraît en 1943 et dans laquelle il affirme : « Pour les marchés de travaux publics, comme pour tous les contrats administratifs, c'est-à-dire les contrats passés en vue d'assurer le fonctionnement des services publics, on n'applique pas strictement la règle de l'immutabilité contractuelle, qui prévaut d'une façon absolue dans les contrats de droit privé et d'après laquelle les clauses d'un contrat ne peuvent être modifiées que par un nouvel accord entre les parties. On considère que l'administration ayant eu bénévolement recours à la voie conventionnelle peut à tout moment s'y soustraire pour revenir à la voie unilatérale et venir imposer unilatéralement des modifications aux clauses du marché » (*Précis de droit administratif*, Paris, Pichon & Durand-Auzias, 1943 (4^e éd.), p. 620). Louis ROLLAND – ce jusqu'à la dernière édition de son précis (1957) – continue de défendre la même opinion, tout en indiquant ce faisant la controverse (*Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1957 (11^e éd.), p. 57). De même Paul DUEZ & Guy DEBEYRE dans leur *Traité de droit administratif* (Paris, Dalloz, 1952, p. 909-910 & 924-925) ou encore Marcel WALINE dans son *Traité de droit administratif* – comme par exemple dans sa septième édition, profondément refondue et sur laquelle nous reviendrons (Paris, Sirey, 1957 (7^e éd.), p. 527-528). Georges PÉQUIGNOT – il n'y a pas lieu d'en être surpris – se range également à cette doctrine à laquelle il a tant contribué (cf. « Théorie générale des contrats administratifs », in *Juris-classeur administratif* (1953), fasc. n° 511).

⁵⁰⁰ André de LAUBADÈRE enseigne ce principe dans son *Manuel de droit administratif* (Paris, L.G.D.J., 1946 (1^{re} éd.), p. 191) comme dans son *Traité élémentaire de droit administratif* (Paris, L.G.D.J., 1953 (1^{re} éd.), p. 442 sq.).

mais par des éléments extrinsèques⁵⁰¹. Son traité sur les contrats administratifs porte d'ailleurs la marque de cette inflexion⁵⁰².

580. Une privatisation des contrats administratifs accompagnée par l'évolution des pratiques contractuelles de l'État. – Sans doute, cette privatisation du contrat administratif s'exacerbe-t-elle dans les années d'après-guerre, en proportion du fait que l'État emploie son action à la reconstruction de la France, en insufflant à l'économie une dynamique dirigiste. En pénétrant un peu plus en avant dans les relations économiques par le biais des marchés administratifs, l'État police ses mœurs administratives, régularise l'usage de ses prérogatives, tend à se rapprocher d'un référent contractuel privatiste de sorte que son intervention soit plus discrète et surtout plus efficace en étant mieux acceptée. Aux fonctions politiques et administratives de l'État, s'est ajoutée à partir l'Entre-deux-guerres une fonction sociale. En outre, Christian AUDEBAUD mit en exergue la fonction économique dont l'État s'est investi à partir des années 1940 pour orienter – ou rationaliser dirait-on pour justifier la chose – les forces anarchiques de l'initiative privée. Sans prêter une grande attention à la nature des marchés de fournitures qui n'est pas le fond de son sujet, cet auteur note ce faisant les mutations sous-jacentes aux marchés de fournitures de l'État, qui ne satisfont plus seulement aux approvisionnements, mais aussi à l'orientation de l'économie.

La pénétration profonde de l'État dans l'économie privée qui est le résultat de sa tendance dirigiste se trouve facilitée, complétée par l'accord contractuel.

Ce que l'État ne peut obtenir par la loi, il lui est souvent possible de l'obtenir par le contrat. S'il édicte, d'autre part, des règles impératives, du point de vue général, il lui est possible, grâce aux marchés, d'en contrôler l'exécution⁵⁰³.

Certes, d'un côté les fournisseurs tendent à devenir des collaborateurs plus intimes encore de l'État, un « *collaborateur quasi-permanent de l'administration* »⁵⁰⁴ dont l'indépendance est sacrifiée en proportion de la socialisation des risques

⁵⁰¹ LAUBADÈRE André (de), « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », in *R.D.P.* 1954, p. 36. Dans son sillage, Georges VEDEL admet également que « *la jurisprudence [a été] systématisée de façon peut-être excessive par la doctrine* » si bien qu'il entend ce pouvoir de modification unilatérale de la même façon qu'André de LAUBADÈRE (*Droit administratif*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 2 (1959), p. 600). *A contrario*, cf. Jean RIVERO qui défend un point de vue plus classique, en insistant sur le caractère général de cette prérogative de l'administration (*Droit administratif*, op. cit. (1^{re} éd., 1960), p. 99 sq.).

⁵⁰² LAUBADÈRE André (de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 1956 (1^{re} éd., 3 vol.), t. 2, p. 329 sq.

⁵⁰³ AUDEBAUD Christian, *Essai sur l'évolution et les tendances actuelles des marchés de l'État*, Paris, L.G.D.J., 1950 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par WALINE, professeur de droit administratif), p. 10.

⁵⁰⁴ WALINE Marcel, « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants », in *R.D.P.* 1951, p. 15.

économiques⁵⁰⁵ – ce que notait déjà Maurice HAURIOU à propos des concessionnaires à qui le Conseil d'État appliquait la théorie de l'imprévision. De l'autre, la conception de cette association s'inspire plus encore du contrat au fur et à mesure que les enjeux qu'impriment les services publics sur les marchés de fournitures perdent de leur hégémonie pour se concilier avec d'autres.

581. Cette conception du contrat administratif, qui le rapproche du contrat du droit privé, est par ailleurs accompagnée par une classification des contrats administratifs dont les effets – pleinement assumés par les auteurs – sont de saper cette idée qu'ils puissent constituer une catégorie d'actes spécifique dans son genre. À rebours de la thèse de PÉQUIGNOT (1945) et dans le sillage de celle de Jean ROUVIÈRE (1930), entreprendre une typologie des contrats administratifs en soulignant l'autonomie de chacun d'eux, c'est tout à la fois dissoudre une définition générique du contrat administratif et permettre de mieux appréhender les différences qu'ils entretiennent chacun avec les contrats du droit privé. En les mesurant comme autant de dérogations apportées au droit commun, il s'agit de les fixer au plan contractuel. C'est la démarche suivie par Pascal ARRIGHI dont l'objet de la thèse est de démontrer l'autonomie des marchés de fournitures comme une catégorie spécifique des contrats administratifs. Au lieu de penser une opposition fondamentale entre deux catégories de contrats, il organise une hétérogénéité dont les contrastes servent à mieux sertir une unité autour du concept contractuel.

Quel que soit le but poursuivi par l'État ou les autres personnes administratives, quand un contrat a été passé, le mécanisme technique est le même, il y a identité de régime. Sans doute des particularités sont apparues qui légitiment une appellation différente et l'affirmation d'une certaine autonomie. Mais les marchés de fournitures sont une espèce d'un genre : les contrats administratifs. Et d'ailleurs tous les contrats, qu'on les dise civils ou administratifs, ont la même nature, l'unité apparaît sous la diversité des formes techniques qu'ils empruntent⁵⁰⁶.

Clairement distingués, les contrats administratifs n'en participent pas moins du contrat, à l'évolution duquel ils sont d'ailleurs attachés. Dans une remarque conclusive, Pascal ARRIGHI signale spécialement ces synergies entre contrats administratifs et contrats du droit privé. Ces derniers ne sont pas posés comme un référent immuable auquel les premiers dussent se rapporter : incarnant chacun par une extrémité le concept de contrat, l'écart qui les oppose permet de saisir les mutations latentes dont le concept de contrat est affecté par les évolutions sociales.

Qu'il s'agisse de contrats ordinaires du droit privé ou de contrats administratifs, il importe de souligner que l'unité doit de nouveau apparaître.

⁵⁰⁵ AUDEBAUD Christian, *Essai sur l'évolution et les tendances actuelles des marchés de l'État*, op. cit. (1950), p. 83-84.

⁵⁰⁶ ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, Paris, Imprimerie Foulon, 1945 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par WALINE, professeur de droit administratif), p. 20.

Elle a d'abord signifié l'affirmation que les parties ne pouvaient se soustraire à leurs obligations. Elle a maintenant pour signification d'affirmer que les obligations inscrites dans un contrat doivent répondre aussi exactement que possible aux besoins d'un groupe, d'une idée supérieure. Les effets de la considération d'utilité publique, de l'intérêt public, donnent leur marque aux contrats administratifs, et il faudra une transformation du droit privé pour que le contrat de droit civil se mette en harmonie avec le droit social, le droit du groupe qui est en train de naître⁵⁰⁷.

Caractérisés par le biais de l'idée d'utilité publique, cette conception des marchés administratifs dénote l'influence doctrinale de Marcel WALINE qui dirigea cette thèse. Plus encore, en s'attachant à souligner les inter-influences entre contrats administratifs et contrats du droit privé, il s'inscrit avec quelques autres dans cette perspective destinée à saisir les marchés administratifs sous leur aspect contemporain. Il ne s'agit plus tant d'insister sur les questions de compétence en les saisissant comme des actes juridiques de l'administration dont il fallût proposer une analyse, que de les envisager comme une technique juridique souple et adaptable aux usages auxquels l'État souhaiterait les y prêter.

582. Trente ans d'une littérature doctorale entérinant le rapprochement des contrats administratifs près du référent contractuel (1930-1960). – Entre 1930 et 1950, une trentaine de thèses furent entreprises qui illustrent cette inclination – pour nous signifiante. C'est Jacques MONTMERLE qui entreprit une exégèse doctrinale du cahier des clauses et conditions générales de l'administration des ponts-et-chaussées (1931)⁵⁰⁸ ; Léon DUFFAUD qui traita des clauses de pénalité pour mettre en exergue le rôle – sans équivalent en droit civil – des ministres dans les procédures de sanction (1931)⁵⁰⁹ ; Philippe FOUGEROLLE qui étudia dans le même sens la procédure de déchéance (1933)⁵¹⁰. Tous trois ont porté leurs préoccupations à saisir ce que le droit administratif a d'exorbitant : moins pour en exagérer l'autonomie en versant dans des démonstrations systématiques, qu'afin d'en apprécier la valeur en investissant les détails de la technique contractuelle ; en rapportant l'usage des prérogatives exorbitantes à leur effet utile, dans une perspective destinée à en restreindre la portée là où il y aurait quelque chose d'excessif. La création en 1936 de la Caisse nationale des marchés donna suite à sept thèses qui, pour ne pas aborder ce sujet du même point de vue, interrogèrent les marchés publics comme une technique financière dont l'efficacité pût se mesurer à partir d'un modèle économique auquel fussent associés

⁵⁰⁷ *Id.*, p. 202.

⁵⁰⁸ Cf. MONTMERLE Jacques, *Situation juridique de l'entrepreneur de travaux publics soumis au cahier des clauses et conditions générales de l'administration des ponts et chaussées* (1931, faculté de Paris). Cet auteur fit paraître en 1932 un commentaire pratique desdits cahiers – plusieurs réédités jusque dans les années 1960.

⁵⁰⁹ Cf. DUFFAUD Léon, *Les pénalités dans les marchés de fournitures* (1931, faculté de Paris).

⁵¹⁰ Cf. FOUGEROLLE Philippe, *La déchéance de l'entrepreneur. Commentaire de l'article 35 du cahier des clauses et conditions générales, imposées aux entrepreneurs des travaux des ponts-et-chaussées et des articles correspondants des autres cahiers* (1933, faculté de Paris).

les partenaires de l'administration. En ce sens, les marchés publics sont un point de convergence où s'y ajustent tout à la fois gestion financière du politique, politique de l'administration et administration du social⁵¹¹. En se rapprochant de la technique contractuelle du droit privé, d'autres docteurs soulevèrent la question de l'actualisation des volontés contractuelles à la conjoncture économique, dans une perspective où les marchés furent sous-entendus comme un moyen quasi-permanent d'une collaboration institutionnelle qui se dût d'être régulière pour être pertinente au point de vue économique⁵¹². Pour un autre auteur, les marchés publics ont été un biais adéquat pour saisir la manière dont l'État expérimenta la décentralisation de certaines de ses activités en en confiant la gestion à des établissements publics autonomes – en l'occurrence les offices publics d'habitations à bon marché⁵¹³. Sous cet aspect, les marchés publics se prêtent à être le vecteur discret d'une discipline administrative en contraste avec la latitude gestionnaire concédée à ces institutions. La Seconde Guerre mondiale donna de nouveau lieu à des thèses consacrées aux procédés contractuels exorbitants de l'administration. Toutefois, la nature de ce conflit tend non pas tant à considérer les marchés publics comme le moyen d'une réquisition consentie, mais plutôt comme le vecteur d'une mobilisation de l'économie – par le concours des capitaux et des compétences – à l'effort de guerre. La discussion des procédés contractuels exorbitants tend à en estimer l'efficacité, suivant cette idée que les marchés sont moins le propos d'une spéculation que d'une association pérenne destinée à optimiser l'emploi des ressources nationales⁵¹⁴. Par ailleurs, le décret du 6 avril 1942, relatif à l'adjudication des marchés⁵¹⁵, a suscité des études portées à critiquer l'adéquation des procédures d'adjudication à l'économie

⁵¹¹ Cf. PÉCRESSE J.-Francis, *La Caisse nationale des marchés de l'État, des collectivités et établissements publics* (1938, faculté de Paris) ; VALLET Jean, *Le crédit et le financement des marchés de travaux et de fournitures. – La Caisse nationale des marchés* (1938, faculté de Paris ; thèse en droit privé) ; DUFFEZ Georges, *Du rôle des établissements de crédit dans le financement des marchés de travaux et de fournitures* (1939, faculté de Lyon) ; HIRSCH Jacques, *Le financement des marchés publics* (1941, faculté de Paris) & HECKINGER Joseph, *Le régime administratif du financement des marchés publics* (1944, faculté de Strasbourg) ; AYMARD Philippe, *Crédit public et crédit privé dans le financement des marchés de l'État* (1946, faculté de Paris) ; AUBONNET Jean, *La caisse nationale des marchés de l'État, des collectivités et établissements publics (son histoire. – ses opérations) (études de droit comparé)* (1947, faculté de Paris).

⁵¹² Cf. BARADEZ Pierre, *Les clauses de révision de prix dans les marchés de fournitures* (1933, faculté de Paris) ; BELIN Roger, *Les index économiques dans les contrats publics et privés* (1942, faculté de Paris) & BRISARD Pierre, *La variation des prix en cours d'entreprise* (1944, faculté de Paris).

⁵¹³ Cf. MENUT Henri, *Les offices publics d'habitations. – Modes de passation de leurs marchés de travaux* (1938, faculté de Paris).

⁵¹⁴ Cf. DUBAIL René, *Les marchés de fourniture de la marine* (1943, faculté de Paris) ; ERB Roger, *La mise en régie dans les marchés de travaux publics* (1944, faculté de Nancy) ; DELMAS François, *Du pouvoir de l'administration de modifier des prévisions du marché de travail public et des obligations financières en résultant pour elle* (1945, faculté de Paris) & MALDIDIER Guy, *La résiliation sans faute des marchés de fournitures passés par l'État* (1949, faculté de Paris).

⁵¹⁵ Pour une analyse contemporaine de ce décret, cf. BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », in R.D.P. 1943, p. 151.

contemporaine⁵¹⁶. Les évolutions qui affectèrent les marchés inclinèrent quelques-uns – nous l'avons plus haut indiqué – à les formaliser autrement. Non plus tant comme une adaptation de la puissance publique à une économie libérale, mais plutôt comme la formalisation d'une collaboration entre l'État – et ses succédanés – et ses partenaires économiques, autour d'un modèle contractuel qui oblitère l'aspect spéculatif⁵¹⁷. Deux thèses au sujet analogue, entreprises l'une et l'autre à trente ans d'écart, illustrent la différence avec laquelle les marchés administratifs sont appréhendés⁵¹⁸. En portant sur le fait du prince, la première (1924) présente cette théorie prétorienne comme une normalisation de l'action administrative qui sans rien perdre de sa vigueur, confine l'arbitraire aux marges. Par contraste, la seconde (1954) l'envisage plutôt comme une exception apportée au principe contractuel ; une entorse minutieusement concédée et laborieusement circonscrite ; la théorie du fait du prince y est disséquée au travers d'une analyse qui assigne à sa puissance d'exercice des limites inscrites dans ses propres ressorts. Pour présenter les choses à l'aide d'une formule un peu caricaturale, nous dirions par un effet d'opposition que ce n'est plus le contrat qui fut attiré au droit administratif, mais désormais le droit administratif qui le fut au contrat⁵¹⁹. La thèse (précitée) de Pascal ARRIGHI corrobore cette inflexion qu'il entérine en l'énonçant⁵²⁰. Ou peu avant lui, Eugène DESGRANGES – chargé de cours à la faculté de Paris – dans une étude historique des marchés de fournitures⁵²¹. Les ambivalences de la jurisprudence administrative qu'il s'exerce à souligner, y sont présentées comme le condensé historique d'une évolution traduisant *in fine* la prédominance du contrat sur l'*imperium* de l'administration. Par le contraste qu'elles opposent avec celles réalisées sur les concessions⁵²², les thèses précitées

⁵¹⁶ Cf. QUANCARD Michel, *L'adjudication des marchés publics* (1945, faculté de Paris) ; CHARPENTIER Louis, *Le choix de l'entrepreneur de travaux publics. Étude historique et critique* (1946, faculté de Paris) & CHAUVEAUX Jacques, *Les garanties financières exigées des entrepreneurs et des fournisseurs de l'État* (1947, faculté de Paris). À confronter avec une thèse analogue, réalisée avant la Seconde Guerre mondiale : MASSON Pierre, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics* (1937, faculté de Paris).

⁵¹⁷ Cf. AUDEBAUD Christian, *Essai sur l'évolution et les tendances actuelles des marchés de l'État* (1950, faculté de Paris) & TALBOT Jean, *L'évolution de la réglementation des marchés de travaux et de fournitures* (1958, faculté de Paris).

⁵¹⁸ Cf. FURTUNA Alphonse, *Le fait du prince* (1924, faculté de Paris) & BADAOUI Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien* (1954, faculté de Paris).

⁵¹⁹ Cf. THIBAULT Lionel, *Les effets de la nullité des contrats administratifs* (1955, faculté de Paris) & HADJIDINAS Jason, *La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs* (1966, faculté de Paris).

⁵²⁰ Cf. ARRIGHI Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures* (1945, faculté de Paris).

⁵²¹ DESGRANGES Eugène, « Définition du marché de fournitures. Étude de jurisprudence », in *R.D.P.* 1942, p. 189.

⁵²² Les années 1920 voient fleurir une dizaine de thèses sur les concessions de travaux et de services publics, dont la plupart portent sur l'analyse de leur nature lorsqu'elles ne les confrontent pas à d'autres modes de gestion des services publics. À ce titre, nous avons recensé les thèses (dans l'ordre chronologique) de : BIBIÉ (*Situation juridique des voies ferrées d'intérêt général concédées*, 1919), CHAMPETIER DE RIBES (*Régimes comparés de la concession, de la régie intéressée et de la régie directe pour l'exploitation des transports en commun de la région parisienne*, 1923), RIEU (*De la nature juridique des concessions de travaux publics*, 1923), JANSSE (*L'évolution de la notion de concession en matière de chemins de fer*, 1924), REDEUILH (*Nature juridique de la concession*

illustrent un intérêt doctrinal dont l'accent est porté sur les marchés administratifs. Proches des contrats du droit privé par la physionomie qu'ils présentent, cette orientation accompagne une privatisation des contrats administratifs, c'est-à-dire une réception plus encline en faveur d'un droit privé qui n'est pas assimilé en tant que tel, mais dont les principes inspirent une normalisation des relations contractuelles de l'administration. Une thèse entreprise sur les contrats administratifs en droit romain corrobore cette inclination doctrinale⁵²³.

583. La faculté de Paris, au cœur d'un enseignement administratif économique appliqué et convergent vers le droit privé. – La trentaine de thèses que nous avons rapprochées, étalées sur trois décennies (1930-1960), encadre une réflexion doctrinale soutenue et continue – particulièrement portée sur les marchés administratifs. À cet égard, le rôle prédominant de la faculté de Paris est notable. Trois thèses seulement ont été soutenues dans des facultés de province (Lyon, Nancy & Strasbourg). En outre, les thèses parisiennes mettent en avant trois professeurs – parmi ceux qui en ont assumé la direction : Achille MESTRE, Louis ROLLAND & Marcel WALINE⁵²⁴. Le premier en a présidé neuf (la dernière en 1944) ; et les deux autres, quatre chacun (à partir de 1945 s'agissant de Marcel WALINE). La contribution parisienne interpelle, non moins que le rôle singulier d'Achille MESTRE⁵²⁵. Il paraît

de service public, 1925), DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE (*De l'effet, à l'égard des tiers, des augmentations de tarif dans les concessions de gaz et électricité*, 1926), JACQUEMARD (*La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, 1928), ALBRESPIY (*La nature juridique des concessions d'énergie hydraulique de la loi du 16 octobre 1919*, 1929), BLONDEAU (*La concession de service public. Étude d'histoire du droit administratif*, 1929). La répartition géographique de ces thèses traduit un dynamisme que la faculté de Paris est loin de monopoliser. Puisque sur les neuf thèses recensées, deux proviennent de Bordeaux, une d'Alger, une de Grenoble et une de Toulouse (donc quatre pour Paris). En revanche, la décennie suivante offre un tableau quelque peu différent : elles sont pour la plupart parisiennes (neuf sur les dix recensées ; avec la prédominance d'Achille MESTRE qui en dirigea quatre), et touchent moins à l'opération de concession ou à sa qualification, qu'à la situation fiscale, économique, juridique, *etc.* des concessionnaires. À ce titre, nous avons recensé les thèses (dans l'ordre chronologique) de : GARNIER (*Le cahier des charges des concessions de chutes d'eau*, 1931), BEITINGER (*La situation juridique du concessionnaire de transports en commun à l'égard de la concurrence*, 1933), COMTE (*Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public : un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, 1934), Gaston MESTRE (*Le concessionnaire de chute d'eau et les propriétés privées*, 1934), CAILLIAU (*L'enregistrement des concessions de services publics*, 1938), FRANCHET (*Le régime fiscal des concessions de distribution d'énergie électrique*, 1939), LECOMTE (*Le rachat des concessions*, 1942), DALEMONT (*Les chemins de fer et l'État : du régime des concessions à la société de service public*, 1944), GOASDOUÉ (*La rémunération des concessionnaires des services publics industriels et commerciaux de la ville de Paris*, 1945), POLACK (*Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de services publics en cas de manquement à ses obligations*, 1946).

⁵²³ Cf. LEUREGANS Pierre, *Les contrats administratifs en droit romain* (1964, faculté de Paris).

⁵²⁴ Les autres professeurs recensés sont les suivants (dans l'ordre chronologique) : Edgard ALIX, (professeur de droit financier à Paris) ; René CASSIN (professeur de droit civil à Paris) ; Maxime NICOLAS (professeur de droit administratif à Lyon) ; Jean MARCHAL (professeur d'économie politique à Nancy) ; Joseph DELPECH (professeur de droit administratif à Strasbourg) ; Jean LHOMME (professeur d'économie politique à Paris) ; Julien LAFERRIÈRE (professeur de droit administratif à Paris) ; Maurice BYÉ (professeur à Paris) ; Georges VEDEL (professeur de droit administratif à Paris), celui-ci ayant dirigé trois thèses.

⁵²⁵ Nous pouvons encore y ajouter les thèses relatives à la définition contentieuse des contrats administratifs sur lesquelles nous nous sommes attardé : en l'occurrence de Jacques SUDRE (1928) & C.

avoir largement impulsé, accompagné, voire orienté des réflexions récurrentes sur la manière de penser l'activité contractuelle de l'administration, d'en apprécier les ressorts comme d'en appréhender l'évolution. En signalant quelques-unes de ses opinions, nous avons mis en exergue en quoi sa contribution doctrinale a réagi contre cette inclination de la doctrine administrative – pour une part fantasmée, sinon très diffuse – niant le caractère contractuel des contrats administratifs⁵²⁶. Son engagement au sein de la faculté de Paris semble corroborer cette disposition d'esprit. Le professeur RICHARD relève dans sa thèse de doctorat qu'Achille MESTRE a décisivement participé – avec Henry BERTHÉLEMY – à la création d'un cours optionnel pour le diplôme d'études supérieures en droit privé, intitulé « *Matières administratives* » et consacré au « *Régime des mines, des chutes d'eau, et des entreprises de distribution d'électricité* »⁵²⁷. En un sens, cette initiative s'inscrit dans une tradition académique du XIX^e siècle où les matières administratives désignent ces enseignements spécialement conçus pour rentrer en contact avec le droit privé : état civil, tutelle administrative exercée sur les communes, police de la circulation, atteintes légales à la propriété (spécialement l'expropriation pour cause d'utilité publique), régime des autorisations administratives et concessions nécessaires à l'entreprise d'activités manières, industrielles et commerciales, protection de ce que nous appelons aujourd'hui la propriété intellectuelle, contributions indirectes, *etc.* Avec les institutions administratives et quelques notions sommaires de contentieux administratif, les matières administrativistes ont constitué la matrice de l'enseignement administratif dans des facultés où le droit civil constituait le canon académique – cours d'ailleurs souvent dispensés par des privatistes de formation. D'un autre côté, le fait que le cours évoqué ait été suggéré par des syndicats patronaux et financé par eux, n'est pas anecdotique⁵²⁸. S'il est malcommode d'y apporter des appréciations arrêtées, sa création peut contribuer à expliciter les ressorts de l'évolution doctrinale dont il est question. Il ne traduit pas seulement une appréhension de l'activité économique de l'administration ; mais plus encore la

HIMARIO (1933). Achille MESTRE a par ailleurs dirigé de nombreuses thèses relatives aux concessions (nous en avons recensées par moins de cinq entre 1931 et 1942), dont celle précitée de Philippe COMTE (1934).

⁵²⁶ Nous pensons en particulier à la note qu'il rendit à propos de l'arrêt *Bureau international de l'édition musico-mécanique* (C.E., 21 janvier 1938) (*in Sirey* 1940. 3. 11), ainsi qu'à sa préface ouvrant l'ouvrage précité de Pierre TESTE : *Les services publics de distribution d'eau, de gaz et d'énergie électrique* (1940).

⁵²⁷ RICHARD Guillaume, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, *op. cit.* (2015), p. 786 sq.

⁵²⁸ Suivant les programmes des cours de la faculté de Paris, le cours de « *Matières administratives* » a couvert les sujets suivants (Archives nationales : AJ/16/1781 & 1782) : « *Les concessions de force hydraulique* » (par Achille MESTRE, 1931-1932) ; « *Les relations entre concessionnaires de chutes d'eau et propriétaires privés* » (par Achille MESTRE, 1932-1933) ; « *Le régime de la concession dans les entreprises privées d'utilité publique* » (par Georges SCILLE, 1934-1935, 1935-1936 et 1936-1937) ; « *Le régime administratif du pétrole en France* » (par Achille MESTRE, 1937-1938) ; « *La législation des mines* » (par Marcel SIBERT, 1938-1939) ; « *Jurisprudence de la houille blanche* » (par Jean-Jacques CHEVALLIER, 1943-1944) ; « *La législation des mines* » (par Marcel SIBERT, 1945-1946) ; « *La nationalisation de l'électricité et des combustibles minéraux* » (par Suzanne BASTID, 1946-1947).

préoccupation de concevoir une doctrine propre à endiguer, sinon à accompagner l'interventionnisme étatique en favorisant une pénétration latente du droit privé – ne fût-ce qu'aux marges du droit administratif. D'où l'inclination d'Achille MESTRE à faire primer le schème contractuel dans la manière de se représenter les contrats administratifs. C'est-à-dire à en aligner la conception sur le contrat dans son acception classique et civiliste. Du reste, le fait qu'il ait dispensé durant deux décennies des cours à l'attention de privatistes, centrés sur des sujets en contact avec le droit privé nous paraît avoir contribué à déterminer sa doctrine⁵²⁹ ; à moins que cet intérêt n'ait été précisément indiqué par le souci d'appliquer cette conception des contrats administratifs⁵³⁰.

584. En nous gardant de conclusions par trop générales, nous sommes frappé par ce fait que l'essentiel des thèses recensées à propos de notre sujet, ont été soutenues à la faculté de Paris⁵³¹. En outre, elles ont vraisemblablement été suscitées par des professeurs intéressés à ce sujet. Il n'est pas improbable que cette direction scientifique ait été sous-tendue par cette ambition doctrinale d'investir cet aspect du droit administratif en en orientant les perspectives. De ce point de vue, la théorie des contrats administratifs nous paraît non pas tant le terme d'un progrès scientifique, que le vecteur d'une doctrine qui s'est attachée à déterminer la nature l'activité contractuelle de l'administration, précisément lorsque l'État fut l'objet de réflexions croisées⁵³². C'est-à-dire une doctrine contingente qui, pour s'être imposée, ne rencontra pas moins des alternatives concurrentes – principalement au travers des

⁵²⁹ Cet intérêt thématique, notamment à l'endroit de ce que nous appellerions aujourd'hui le « droit public des affaires », incline le professeur MELLERAY à présenter Achille MESTRE comme un administrativiste moderne dont l'ambition ne fut pas tant celle de s'appesantir sur une représentation totale du droit administratif, que de privilégier une approche appliquée du droit administratif (cf. « Achille MESTRE ou les débuts du droit administratif moderne », in [collectif], *Confluences : mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER*, Paris, Montchrestien 2007, p. 443).

⁵³⁰ Avant que la faculté de Paris n'instituât à partir de 1931 un cours sur les « *Matières administratives* », Achille MESTRE dispensa pour le doctorat en droit privé, un cours de contentieux administratif. À l'inverse de l'internationaliste Jules BASDEVANT (1919-1922) et du publiciste Louis ROLLAND (1922-1923) qui avant lui assumèrent successivement ce cours, Achille MESTRE (1923-1931) en orienta la substance – non pas autour de quelques notions sommaires de contentieux administratif, comme les précédents – mais vers le domaine public, les travaux publics et les activités économiques soumises à un contrôle administratif. Ainsi d'après les programmes des cours de la faculté de Paris, il couvrit les sujets suivants (Archives nationales : AJ/16/1781) : « *Les utilisations du domaine public par les particuliers* » (1923-1924) ; « *Le contentieux des distributions d'énergie électrique* » (1924-1925) ; « [Les modes de distribution de l'électricité] » (1925-1926) ; « *Le contentieux des concessions de force hydraulique* » (1926-1927) ; [Le contentieux des travaux publics] (1928-1929) ; [Le contentieux administratif] (1929-1930) ; « *Le contentieux des contrats administratifs* » (1930-1931).

⁵³¹ Il faut préciser que les thèses consultées pour nos travaux ont été celles accessibles à la bibliothèque Cujas et à la Bibliothèque nationale de France. Il est malaisé, sinon impossible de se faire une idée de toutes celles qui ont pu être soutenues dans chacune des facultés françaises.

⁵³² À ce propos, voir les développements que le professeur RICHARD consacre au sujet du redéploiement de l'enseignement administratif autour des activités économiques de l'État (*Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, op. cit. (2015), p. 794 sq.).

doctrines institutionnalistes incarnées par Maurice HAURIOU à Toulouse, et Georges RENARD et Louis TROTABAS à Nancy. La dissymétrie qu'il peut y avoir entre la faculté de Paris et les facultés de province, ne rend pas leur confrontation pertinente à tout point de vue. Cela étant, nous inclinons à penser que les réseaux de sociabilité – mettant en rapport la haute fonction publique, le Parlement, la finance et la grande industrie *via* les syndicats patronaux, les sociétés savantes comme l'Institut de France, *etc.* – auxquels les professeurs parisiens ont pu s'associer, n'a pas été sans déterminer leur manière d'appréhender les contrats de l'administration, de qualifier ce sujet et d'en rendre compte par une doctrine opérante qui les prêtât à une certaine intelligence. Cette hypothèse, dont la validation nous conduirait à dépasser notre cadre méthodologique, mériterait d'être approfondie dans des travaux ultérieurs. Notamment pour y employer des sources autrement plus variées que les discours doctrinaux.

Section 2. – La réception d'une théorie doctrinale au travers de la réforme des études de droit (1954-1962) : sa consécration académique

585. Les études de droit ont fait l'objet d'une profonde réforme destinée à adapter l'enseignement universitaire aux mutations dont le métier de juriste faisait l'objet, ainsi que pour approprier la pédagogie à des effectifs étudiants en pleine croissance. Au travers d'enjeux dont il n'est pas question de rendre compte dans nos travaux, le droit administratif a bénéficié d'une plus grande considération. La définition des programmes permet d'apprécier en quels sens s'est effectuée cette valorisation (**paragraphe 1**). Les bouleversements qui s'en sont ensuivis n'ont pas été cantonnés à l'institution universitaire, puisque les auteurs d'ouvrages didactiques – préférentiellement destinés à un public étudiant – les ont rapidement assimilés. À notre sens, c'est de cet épisode que procède la promotion de la théorie des contrats administratifs qui, en étant formellement intégrée au programme de licence, est devenue le support d'une pédagogie, tandis qu'elle n'était jusqu'alors qu'une théorie doctrinale (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Une réforme académique : la mutation d'une théorie doctrinale en un référent de l'enseignement universitaire

586. L'articulation de la théorie des contrats administratifs à une réforme de l'enseignement du droit administratif. – Les thèses de doctorat sont un biais pertinent pour discerner l'intérêt doctrinal dont les contrats de l'administration furent investis. Leur confrontation – fût-elle superficielle – permet de souligner cette préoccupation constante à désigner une valeur aux interventionnismes démultipliés de l'État. Si naturellement elles ne se présentent pas comme un faisceau de convergences duquel résulterait une démonstration univoque, elles jalonnent des réflexions dont l'orientation tend vers un horizon doctrinal cohérent. Au demeurant il est aussi un autre point de vue pertinent pour notre sujet : la redéfinition des programmes des cours de licence dans les années 1950-1960. Cette perspective met en évidence la consécration de la théorie des contrats administratifs qui, d'un discours doctrinal, a ensuite été employée à calibrer l'enseignement universitaire. La réforme des études de droit est engagée dès l'après-guerre à l'initiative du ministère de l'éducation nationale⁵³³. Une commission ministérielle *ad hoc* – la commission de réforme des études de droit – est instituée par un arrêté du 21 novembre 1950 et « chargée d'étudier le problème de la réforme des études de droit » (art. 1^{er}). Y siègent notamment – pour ne citer que les publicistes – les parisiens WALINE et VEDEL, ainsi

⁵³³ Cf. GATTI-MONTAIN Jacqueline, *Le système d'enseignement du droit en France*, Paris, Presses universitaires de Lyon, 1987, p. 147 *sq.* Du même auteur : « Tradition et modernité dans l'enseignement du droit : la réforme de la licence en droit du 27 mars 1954 » (*in* R.H.F.D. 1986, n° 3, p. 117).

que l'aixois TROTABAS. Celle-là s'organise en plusieurs sous-commissions, parmi lesquelles l'une pour l'étude de la « *question des programmes des cours* »⁵³⁴. Les premiers projets proposèrent une licence en quatre ans où vinrent s'y consacrer l'institution pour le droit administratif de deux cours supplémentaires : l'un – préexistant – commun à tous les étudiants (en deuxième année) ; les deux autres spéciaux à la licence de droit public (pour les troisième et quatrième années)⁵³⁵. Bien que cet ajustement fit écho à des vœux récurrents exprimés tout au long du premier XX^e siècle, un arbitrage conduisit à substituer au cours de droit administratif projeté pour la troisième année, un cours sur les « *Méthodes de la science politique* »⁵³⁶. Par ailleurs, la définition des programmes posa question. Le président de ladite commission, Pierre DONZELOT – directeur général de l'enseignement supérieur – ne manqua pas de se confronter à ses pairs sur la « *nécessité d'établir des programmes pour chaque cours* », en suggérant de « *fixer les têtes de chapitres* », afin que l'enseignement universitaire ne conduisît pas à « *confondre liberté et anarchie* ». L'ensemble de la commission y parut réticent, notamment en « *estim[ant] qu'il est dangereux de fixer des programmes trop précis qui risquent de se démoder et imposent aux professeurs des cadres trop rigides* »⁵³⁷. Cependant celui-là proposa la création de quatre sous-commissions, à charge pour chacune de consulter leurs collègues des facultés. L'une des quatre fut consacrée au droit public et composée des trois publicistes : TROTABAS, VEDEL & WALINE. Les archives sont lacunaires, si bien que nous ignorons ce qu'il advint de ses travaux. Toutefois, il est possible d'inférer des textes adoptés peu après, qu'il fut décidé d'organiser par décret un cadre général à la licence en droit, en lui adjoignant un arrêté – plus commode à modifier – pour préciser la teneur des programmes. Ainsi, le décret du 27 mars 1954 qui modifia le régime des études et des examens en vue de la licence en droit⁵³⁸, fut-il suivi de l'arrêté du 29 décembre 1954 fixant les programmes des examens⁵³⁹.

⁵³⁴ Commission de la réforme des études de droit, procès-verbal de la réunion du 23 juin 1950 (Archives nationales : 19771232/44 – 45).

⁵³⁵ D'après un projet soumis à discussion au cours de la séance du 12 janvier 1952, la teneur de chacun de ces cours a été indiquée comme suit – pour celui de deuxième année (cursus commun) : « *Organisation administrative, fonction publique, juridiction administrative et contentieux, contrats administratifs, théorie générale des services publics, responsabilité, domaine public, actes administratifs* » ; – pour celui de troisième année (cursus publiciste) : « *Marchés administratifs, expropriation, réquisition, travaux publics, police* » ; – pour celui de quatrième année (cursus publiciste) : « *Étude des principaux services publics et des entreprises nationales* » (Archives consultables au Centre historique de Science Po : fonds Science Po, 2 SP 19. Les documents que nous avons pu consulter aux Archives nationales sont très lacunaires. Nous avons plutôt recouru à celles de Science Po qui, pour être plus riches, présentes elles-aussi des carences regrettables).

⁵³⁶ M. MOREAU DE BELLAING a précisément analysé la conflictualité des enjeux sous-jacents à la réforme de 1954 : « Un bon juriste est un juriste qui ne s'arrête pas au droit. Controverses autour de la réforme de la licence de droit de mars 1954 » (*in Droit et société* 2013, n° 83, p. 83). Pour une mise en perspective historique de cette réforme, voir l'article de M. MIAILLE : « Sur l'enseignement des facultés de droit en France (Les réformes de 1905, 1922 et 1954) » (*in Procès* 1979, n° 3, p. 78).

⁵³⁷ Commission de la réforme des études de droit, procès-verbal de la réunion du 27 janvier 1953 (Archives Sciences, fonds Science Po, 2 SP 19).

⁵³⁸ Décret du 27 mars 1954, *in Journal officiel* 1954 (28 mars), p. 2966.

⁵³⁹ Arrêté du 29 décembre 1954, *in Journal officiel* 1955 (8 janvier), p. 375. Le cours de deuxième année est

587. Peu de temps après, le cursus en droit fut encore modifié pour substituer au baccalauréat en droit un diplôme d'études juridiques générales (délivré à l'issue de la deuxième année)⁵⁴⁰. Un cours de droit administratif fut alors ajouté en troisième année, entérinant l'idée émise dans les années 1950⁵⁴¹. Mais dès 1954, la création d'un cours supplémentaire avait fait s'interroger sur la manière de partitionner le programme. Un premier cours fut destiné à embrasser la discipline dans sa généralité ; le second à saisir l'administration dans le détail de ses actions les plus notables. Cette dynamique duale entre le général (deuxième année) et le particulier (quatrième année) dut nécessairement être adapté avec la création, en 1962, d'un troisième cours. Celui de troisième année (optionnel) permit de décharger celui de deuxième année (obligatoire), de sorte à y concentrer les connaissances utiles à tous les étudiants sans les encombrer de celles qui fussent trop spéciales – tel le droit de la fonction publique ou celui de la domanialité. Ces deux réformes successives nous semblent indiquer deux choses. D'une part, celle de 1954 révèle que les contrats administratifs ont été spécialement visés dans le détail du programme de deuxième année. Le texte de l'arrêté correspondant précise d'y traiter : « 5° *Les actes de l'administration, y compris les contrats. Les agents publics. Les biens publics. La responsabilité* »⁵⁴². Les transactions qui ont présidé à ce texte – auxquelles ont pleinement participé TROTABAS, WALINE et VEDEL – ont privilégié une compréhension générique des contrats de l'administration, en rupture avec une disposition classique, consistant à les envisager séparément à travers des chapitres divers. Celle-ci les abordait spécifiquement, les uns à propos de l'organisation des services publics (pour les concessions de service public), les autres à propos du domaine public (pour les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures et

ainsi défini : « 1° *L'administration : institutions et personnes qui en font partie. Le droit qui lui est applicable.* 2° *Les sources du droit administratif : loi, règlement, jurisprudence.* 3° *L'organisation et le statut des personnes administratives : État, départements, communes, établissements publics. Ordres professionnelles.* 4° *Les principales activités de l'administration.* 5° *Les actes de l'administration, y compris les contrats. Les agents publics. Les biens publics. La responsabilité* ».

⁵⁴⁰ Décret du 10 juillet 1962, in *Journal officiel* 1962 (11 juillet), p. 6780.

⁵⁴¹ L'arrêté du 3 août 1962 est venu préciser les programmes des cours correspondants (in *Journal officiel* 1962 (10 août), p. 7975). Celui de deuxième année y est présenté comme suit : « I. – *L'administration et le droit administratif.* II. – *La juridiction administrative et le contentieux administratif.* III. – *L'organisation administrative : collectivités territoriales et autres personnes morales de droit administratif.* IV. – *Théorie générale des activités de l'administration (police, services publics).* V. – *Les actes de l'administration (actes unilatéraux, contrats).* VI. – *La responsabilité* ». Celui de troisième année, comme suit : « I. – *Les agents publics. Statut général de la fonction publique.* II. – *La domanialité publique. Domaine public et domaine privé. Mode de gestion des éléments du domaine public.* III. – *Les travaux publics. Critère des opérations de travaux publics. Les marchés de travaux publics. La responsabilité du fait des travaux publics.* IV. – *Expropriation. Aménagement du territoire. Urbanisme* ». Enfin, celui de quatrième année et intitulé : « *Grands services publics et entreprises nationales* », comme suit : « I. – *Théorie générale du service public. Modes de gestion des services publics (régie, établissement public, concession).* II. – *Établissements publics industriels et commerciaux. Sociétés d'économie mixte. Entreprises nationales.* III. – *Les services d'orientation de l'économie et la planification.* IV. – *Le régime juridique des transports et communications et de l'énergie.* V. – *Le régime juridique des principaux services publics : enseignement, défense nationale, aide sociale, santé publique* ».

⁵⁴² Arrêté du 29 décembre 1954, in *Journal officiel* 1955 (8 janvier), p. 376 (c'est nous qui soulignons).

les offres de concours), enfin tous ces contrats pris ensemble à propos de la délimitation du contentieux administratif. Cela nous paraît traduire une promotion manifeste dans l'ordre des connaissances académiques. Les contrats administratifs y furent consacrés comme un sujet propre, dont la valeur fut autonome du domaine et des travaux publics. La création effective d'un troisième cours de droit administratif en 1962 a conservé cette approche, puisqu'en deuxième année il y est toujours requis (par l'arrêté pris la même année) d'y enseigner : « *V. – Les actes de l'administration (actes unilatéraux, contrats)* »⁵⁴³. D'autre part, cette dernière réforme fait apparaître la manière dont les contrats administratifs ont été compris au sein d'un enseignement généraliste. Fixés au cours de troisième année, les marchés de travaux publics font voir, par contraste, la nature de l'enseignement conçu pour l'année précédente. Pour celui-ci, il y est question d'abstraire les particularités pour dispenser aux futurs privatistes des connaissances indispensables, et pour permettre aux futurs administrativistes d'agencer plus méthodiquement les connaissances acquises au cours des années ultérieures. La même remarque s'applique également aux concessions de service public, étudiées en quatrième année. En somme, la théorie des contrats administratifs n'est plus seulement une doctrine, mais aussi une matrice employée à modéliser les programmes pour le droit administratif et à en structurer l'enseignement. Tant d'un point de vue externe avec le droit privé, que d'un point de vue interne au droit public. Elle permet d'adresser aux privatistes des connaissances condensées qui, sans verser dans des détails embarrassants, sont propres à leur donner une idée des différences qui distinguent les contrats administratifs des contrats du droit privé – eux aussi abordés en deuxième année. En outre, elle offre aux publicistes de pouvoir articuler celles des connaissances qui leur sont destinées en troisième et quatrième année, de sorte qu'ils soient en mesure de valoriser ces dernières, pour s'en représenter un système cohérent. Ainsi donc, ces réformes ont conduit leurs promoteurs à réceptionner une théorie doctrinale, pour assembler un enseignement généraliste avec un enseignement spécialisé, suivant un degré de spécialisation reporté sur le cursus de licence. L'assimilation au plan académique de la théorie des contrats administratifs, a sensiblement contribué à concrétiser l'un des objectifs sous-jacents à la modernisation de la licence : la spécialisation de l'enseignement universitaire⁵⁴⁴.

⁵⁴³ Arrêté du 3 août 1962, in *Journal officiel* 1962 (10 août), p. 7976.

⁵⁴⁴ Cf. à cet égard l'exposé des motifs du décret du 27 mars 1954 (in *Journal officiel* 1954 (28 mars), p. 2966).

Paragraphe 2. – La prompt réaction des ouvrages universitaires du droit administratif : la réception unanime d'une théorie doctrinale

588. L'assimilation par les ouvrages didactiques de la fonction pédagogique conférée à la théorie des contrats administratifs. – L'adaptation des plans des ouvrages parus à cette époque atteste de ce que les professeurs de droit administratif ont largement accompagné cette assimilation. À cet égard, celui adopté par Louis ROLLAND dans son précis – tel que modifié à partir de sa huitième édition (1943) – fait montre rétrospectivement d'une certaine modernité. Il est en effet le seul à son époque à envisager les contrats de l'administration dans leur généralité auprès des actes administratifs unilatéraux, pour traiter ailleurs de quelques contrats administratifs classiques. Dans les années 1950, le *Traité de droit administratif* de Paul DUEZ – doyen de la faculté de Lille – qu'acheva Guy DEBEYRE après son décès (1947), témoigne encore de la relative diffusion de la théorie des contrats administratifs : elle n'est encore qu'une doctrine employée par certains pour rendre compte du droit administratif suivant une représentation particulière à quelques-uns⁵⁴⁵. Dans la forme, les contrats administratifs y sont abordés d'une manière classique, par le biais des marchés de fournitures et des travaux publics, articulés à un chapitre sur les modes d'acquisition du domaine. De même Marcel WALINE conserva à sa doctrine son originalité en les traitant d'une manière générique à la fin de son manuel⁵⁴⁶, sous une théorie générale des obligations ; et d'une manière spéciale en rapport avec le domaine public. C'est cet auteur qui donne un indice de l'impact des réformes universitaires sur la mise en ordre doctrinale du droit administratif. Dans la septième édition de son traité (1957), il modifie substantiellement l'ordonnancement de son plan⁵⁴⁷. S'il recommande son ouvrage à l'usage des praticiens, celui-ci n'en reste « *pas moins destiné d'abord aux étudiants en droit* »⁵⁴⁸, et à l'attention desquels Marcel WALINE indique : « *Le présent ouvrage correspond au programme de la seconde année du nouveau régime* [des études de licence en droit] »⁵⁴⁹. Cet avant-propos est d'autant plus intéressant qu'il y justifie la manière dont il réaménagea son plan afin de l'adapter à l'arrêté précité du 29 décembre 1954 – à la rédaction duquel il participa comme membre de la commission de réforme des études de droit.

⁵⁴⁵ Cf. DUEZ Paul & DEBEYRE Guy, *Traité de droit administratif*, op. cit. (1952).

⁵⁴⁶ Intitulé *Manuel élémentaire de droit administratif* (1936), Marcel WALINE lui substitua le titre de *Traité élémentaire de droit administratif* à partir de la cinquième édition (1950), puis à partir de la septième (1957) celui de *Droit administratif* (dans la collection « Traités Sirey ») – ce jusqu'à la neuvième et dernière (1963).

⁵⁴⁷ Ce n'est pas dire que Marcel WALINE ait cessé d'être attaché à la formalisation d'une théorie administrative des obligations, ou plus exactement à une théorie générale des obligations qui vint s'appliquer au droit privé et au droit public, accusée de certaines spécificités selon l'un et l'autre droit (cf. en ce sens : « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in [collectif], *Études juridiques offertes à Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, Paris, Dalloz, 1964, p. 631).

⁵⁴⁸ WALINE Marcel, *Droit administratif*, op. cit. (7^e éd., 1957), p. i.

⁵⁴⁹ *Id.*, p. ij.

Si le programme de seconde année inclut les « contrats de l'administration », les contrats passés pour l'exécution des services publics doivent être étudiés en quatrième année. Je me suis en conséquence résolu à inclure dans cet ouvrage la théorie générale des contrats administratifs, renvoyant à l'ouvrage correspondant au programme de quatrième année l'étude distributive des différents contrats. (...)

Le résultat final de ces remaniements est que cet ouvrage, dans sa nouvelle présentation, envisage moins de matières que les éditions précédentes, passe plus rapidement sur celles d'entre elles qui figurent dans les nouveaux programmes de quatrième année, mais contient une étude plus approfondie et plus détaillée des autres⁵⁵⁰.

Tel est le cas pour la théorie des contrats administratifs à propos de laquelle il ne se contente plus – en une quinzaine de pages – de donner la définition contentieuse du contrat administratif, d'esquisser quelques règles communes à tous, et de présenter quelques-uns des plus emblématiques d'entre eux. Dans l'édition de 1957, il quadruple les développements s'y rapportant, pour y consacrer plus d'une soixantaine de pages. L'on y trouve une distribution assez similaire à nos ouvrages universitaires didactiques : distinctions entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé ; présentation des contrats administratifs classiques ; la manière dont ils se concluent, dont ils s'exécutent et dont ils prennent fin.

589. Jean RIVERO en succédant à Louis ROLLAND dans la collection « Précis » des éditions Dalloz, accusa l'orientation prise par la réforme de la licence. Pareillement à Marcel WALINE, il envisage la théorie des contrats administratifs aux côtés des actes administratifs unilatéraux⁵⁵¹. À l'inverse de Louis ROLLAND, il n'y traite que des principes généraux qui s'y appliquent ; il aborde au contraire leur définition et leur régime juridique conformément à la direction prise par la réforme de l'enseignement universitaire. Georges VEDEL qui pourtant participa aux travaux préparatoires de ladite réforme, adopta dans l'édition *princeps* de son *Droit administratif* une disposition du plan plus singulière, au travers de laquelle perce l'originalité de sa doctrine qui fonde le caractère du droit administratif sur l'exorbitance⁵⁵². S'il y développe une théorie des contrats administratifs organisée en son sein de la même manière que les auteurs précédents, elle ne s'est articulée à une théorie des actes administratifs unilatéraux qu'à partir de la quatrième édition de son précis (1968). Quant à André de LAUBADÈRE, il ne se différencie guère des premiers en intégrant dans son plan les réaménagements auxquels la réforme de 1962 a procédé :

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ RIVERO Jean, *Droit administratif*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1960).

⁵⁵² VEDEL Georges, *Droit administratif*, *op. cit.* (1^{re} éd., 1958-1959).

[La] transformation [du traité] est due (*sic*) à la *réforme des études et programmes de la licence en droit*, réforme dont les préoccupations pédagogiques de ce Traité nous ont conduit à tenir compte⁵⁵³.

L'alignement sur le programme officiel devient au cours des années 1960 un standard qui s'impose d'autant plus rapidement que – et ce n'est là qu'une hypothèse – une concurrence éditoriale a peut-être incité les auteurs à ne pas dérouter les étudiants en leur proposant un plan qui fût par trop divergent de celui inspiré dudit programme.

Bien que ce Traité s'efforce d'être utile à un public plus large que celui des étudiants de licence en droit, on s'est attaché à suivre le programme de cette dernière [tel que défini par l'arrêté du 3 août 1962]. Aussi, depuis la troisième édition, l'ouvrage comporte-t-il trois tomes respectivement consacrés aux matières figurant en seconde, troisième et quatrième année de licence⁵⁵⁴.

Peu après, Georges PEISER⁵⁵⁵, Francis-Paul BÉNOIT⁵⁵⁶ et Charles DEBBASCH⁵⁵⁷ ne se distinguent guère de leurs pairs – du moins pour ce qui nous occupe – en publiant chacun à la fin des années 1960 un manuel de droit administratif. En somme, il s'agit de mettre en exergue que les réformes de la licence de 1954 et 1962 ont aidé à la diffusion, non pas tant de la théorie des contrats administratifs en elle-même, que d'un certain ordre d'exposition du droit administratif auquel cette théorie fit corps. Mise en forme sous son aspect moderne dans le précis de Louis ROLLAND – quoique dans des proportions modestes –, la réorganisation des programmes tendit à l'exhausser parmi les théories canoniques du droit administratif. Tant parce qu'elle fit désormais partie de son enseignement général, que parce qu'elle confina avec la théorie des actes administratifs unilatéraux près de laquelle elle fut systématiquement rapportée dans un esprit de complémentarité. Son ampleur gagna aussi du fait que l'étude des contrats administratifs classiques fut reléguée en troisième (cours optionnel) et quatrième années de licence (pour le cursus de droit public). Dès lors, la théorie des contrats administratifs dispensée en deuxième année fut approfondie et sa portée systématisée. Condensé générique à l'adresse des étudiants qui se destinent à un cursus privatiste ; matrice d'une trame qui traverse les trois dernières années de la licence pour les étudiants publicistes. Sa fonction n'est plus seulement *doctrinale*, mais encore *académique* : elle contribue à l'agencement des programmes de la licence pour en accroître la spécialisation ; et *pédagogique* : elle aide à graduer un enseignement qui tienne compte de son assimilation progressive par les étudiants.

⁵⁵³ LAUBADÈRE André (de), *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1963 (3^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 9.

⁵⁵⁴ LAUBADÈRE André (de), *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1967-1968 (4^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 9.

⁵⁵⁵ PEISER Georges, *Le droit administratif*, Paris, Dalloz, 1967 (1^{re} éd.).

⁵⁵⁶ BÉNOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968.

⁵⁵⁷ DEBBASCH Charles, *Droit administratif*, Paris, Édition Cujas, 1968 (1^{re} éd.).

Section 3. – Le contrat administratif dans les vicissitudes doctrinales de l'après-guerre : inertie d'un concept ou nécessité d'une technique ?

590. À l'occasion de ce que les contemporains ont présenté comme une crise du droit administratif, la doctrine des années 1950 discuta assez vivement de la pertinence de la *summa divisio* – dont Charles EISENMANN fut un redoutable contempteur. Conçue pour en étendre la portée jusqu'àuprès du contrat, la théorie du contrat administratif fut non pas tant contestée que négligée. Si elle intègre pleinement l'*habitus* universitaire, si le traité d'André de LAUBADÈRE lui assure une visibilité accrue, elle n'attire pas beaucoup l'attention – sinon par quelques-uns de ses aspects. En outre, les techniques contractuelles usuelles aux droits public et privé ont eu tendance à converger, oblitérant de ce fait la dualité qui l'opposait à la théorie des contrats privés (**paragraphe 1**). Dès lors, la théorie des contrats administratifs nous paraît s'être imposé non plus tant comme un vecteur de l'autonomie du droit public, mais par les avantages qu'elle présenta pour organiser des procédés contractuels allant en se diversifiant (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. – Le contrat administratif confronté à la convergence des techniques contractuelles en droit public et droit privé

591. **Le concept du contrat administratif pris dans la décennie tumultueuse de l'après-guerre.** – Cette promotion n'est pas sans présenter quelque chose de singulier. Bien sûr, elle résulte d'une réorganisation des programmes qui, en multipliant les cours de droit administratif, a conduit à faire du cours de deuxième année un enseignement généraliste. Les théories qui y furent regroupées ont été condensées, et faute de pouvoir les appliquer à des cas particuliers, leur méthode d'exposition a pris un atour plus désincarné. Ainsi la théorie des contrats administratifs s'est-elle trouvée isolée des chapitres entre lesquels elle était autrefois présentée – à savoir l'organisation des services publics et le domaine public. Par ailleurs, André de LAUBADÈRE publia en 1953 un *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* qui conféra à cette théorie une audience encore augmentée⁵⁵⁸, à laquelle Georges PÉQUIGNOT avait peu avant apporté ses lettres de noblesse. Et pourtant, les années 1950 correspondent à un moment critique de la doctrine administrative où le contrat administratif subit des attaques portées à en minorer la singularité. Si elles n'ont pas prétendu remettre en cause le principe même d'un régime juridique qui lui fût spécifique, le contrat administratif sembla perdre de sa superbe. D'autant que Marcel WALINE rapportait cette crise du droit administratif « à une réaction excessive du

⁵⁵⁸ Cf. MARCOVICI Émilie, « André de LAUBADÈRE, théoricien du droit des contrats administratifs », in *R.F.D.A.* 2010, p. 1240.

juge [administratif] contre les catégories juridiques ».

À la limite, le mépris de celle-ci tendrait, si l'on poussait la tendance à l'absurde, à réduire tout enseignement du droit administratif à cette simple phrase : « En droit administratif, il n'y a pas de règles ; le tribunal donne à chaque cas la solution qui lui paraît la plus sage en fonction de toutes les circonstances de l'espèce ». Il n'y aurait plus alors qu'à faire un acte de foi dans la sagesse des juges, et à se dispenser de toute étude.

Cette crise, j'en suis convaincu, trouve son origine dans les profondes transformations des activités de la puissance publique, qui prennent effectivement des formes souvent inédites. C'est en cela qu'on peut l'appeler crise de croissance⁵⁵⁹.

La jeune génération d'administrativistes – incarnée entre autres par André de LAUBADÈRE, Jean RIVERO, Georges VEDEL, tous trois nés en 1910 et entrés dans l'enseignement universitaire entre 1935 et 1937 – s'est souciée de sa vocation doctrinale à une époque où le droit administratif se réorganisait au rythme des métamorphoses de l'État. Les réflexions du professeur RIVERO sont sûrement l'illustration la plus topique des interrogations qu'une doctrine universitaire inquiète souleva à propos de sa raison d'être⁵⁶⁰. Cette période vit en outre l'essor – quoique modeste – de l'histoire du droit administratif⁵⁶¹. Si elle se développa significativement dès les années 1940, souvent pour se déployer autour de la juridiction administrative⁵⁶², nous sommes enclin à penser que le surcroît d'intérêt dont elle fut l'objet dans les années 1950 répondit à cette préoccupation de sortir de l'ornière d'un positivisme juridique qui contraignait la doctrine à n'être que l'exégète de la

⁵⁵⁹ WALINE Marcel, « Préface. – Situation actuelle du droit administratif en France », in *Juris-classeur administratif*, Paris, Éditions techniques, 1952, p. 14. L'auteur vise particulier un article de Bernard CHENOT – alors commissaire du gouvernement au Conseil d'État – et intitulé : « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État » (in *E.D.C.E.* 1950, p. 77). C'est sur cette vive controverse que revint Marcel WALINE peu après : « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques » (in [collectif], *Mélanges en l'honneur de Jean DABIN*, Paris, Sirey, 1961 (2 vol.), t. 1, p. 359) ; c'est également dans son sillage que Jean RIVERO dirigea une thèse remarquée et soutenue par le professeur FORTSAKIS : *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français* (1987).

⁵⁶⁰ Nous pensons à deux des articles de Jean RIVERO parus dans les années 1950 : « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” » (in *Dalloz* 1951, chron. p. 99) & « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif » (in *E.D.C.E.* 1955, p. 27).

⁵⁶¹ Cette inclination est particulièrement sensible à travers la littérature doctorale. À cet égard, nous pensons entre autres aux thèses de Guy RAÏSSAC (*Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la Deuxième République*, 1937), Bernard OLIVIER-MARTIN (*Le Conseil d'État de la Restauration*, 1941), Pierre LANDON (*Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, 1942), Jean-Marcel BESNARD (*Le Conseil d'État du Second Empire*, 1943), Henry-François KËCHLIN (*Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830 : étude de jurisprudence*, 1945), René CHAPUS (*Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1953), Gustave PEISER (*Le recours en cassation en droit administratif français (évolution et régime actuel)*, 1957), Claude GOYARD (*La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, 1960), et celle encore de Pierre SANDEVOIR dont le titre est emblématique des intentions qui l'ont présidée (*Étude sur le recours de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, 1964).

⁵⁶² Si cela est vrai pour les thèses mentionnées dans la note précédente, cela vaut aussi pour les premières monographies biographiques, lesquelles furent principalement réalisées au sujet d'administrativistes affiliés au Conseil d'État : CORMENIN, GÉRANDO, VIVIEN DE GOUBERT, MACAREL (plus tardivement en 1970) ; et quelques universitaires, plus rares : BATBIE et HAURIU.

jurisprudence. Mais avant cela, l'histoire fut un biais par lequel certains administrativistes s'efforcèrent d'échapper à l'ombre tutélaire des générations précédentes. Celle contre laquelle Jean RIVERO se récriait fort opportunément :

La théorie du service public appelle une totale remise à jour. (...) L'idée a mis du temps à se faire admettre ; elle se heurtait à de très hautes autorités doctrinales, l'école du service public, forte des grands noms de DUGUIT et de M. JÈZE, ayant exercé sur les auteurs une influence quasi dictatoriale⁵⁶³.

Souvent les thèses subversives ou sinon audacieuses se prêtent à un examen historique destiné à réapprécier l'héritage doctrinal – ou d'une manière plus oblique, à désacraliser la théorie du service public⁵⁶⁴ sinon à en historiciser la genèse⁵⁶⁵. L'ouvrage du professeur BÉNOIT est un exemple excellent de ces entreprises où l'histoire aide leur auteur à discuter des termes même qui encadrent les réflexions doctrinales et sur lesquels les *a priori* reposent⁵⁶⁶. Pour cause, la fin des années 1950 vit se multiplier les critiques adressées à la fonction cardinale du service public⁵⁶⁷. Nous en avons quelques mots, d'ailleurs, à propos du pouvoir de modification unilatérale de l'administration pour l'exécution des contrats administratifs : les auteurs les plus critiques à son égard ne laissèrent de réévaluer la portée que les contemporains avaient assignée à l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* (1910).

- 592. Le concept de contrat administratif pris dans les interrogations sur la *summa divisio*.** – De même que la Première Guerre mondiale donna suite à la théorie de la gestion privée par laquelle l'usage du droit privé devint une technique usuelle d'administration, la Seconde Guerre mondiale attisa plus encore la compénétration du droit administratif et du droit privé. Dans le sillage de Charles EISENMANN⁵⁶⁸, le professeur CHAPUS entreprit une thèse qui, pour porter sur la responsabilité en droit administratif, n'en reste pas moins encline à questionner l'autonomie du droit administratif⁵⁶⁹. D'après une démarche avoisinante, le professeur WALINE s'intéressa

⁵⁶³ RIVERO Jean, « Droit public et droit privé, conquête ou *statu quo* ? », in *Dalloz* 1947, chron. p. 72.

⁵⁶⁴ EISENMANN Charles, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités) publiques : la soumission de cette responsabilité à un droit "autonome" est-elle le principe ? », in *J.C.P. G.* 1949, n° 742.

⁵⁶⁵ RIVERO Jean, « HAURIOU et l'avènement de la notion de service public », in [collectif], *L'évolution du droit public : études offertes à Achille MESTRE*, Paris, Sirey, 1956, p. 461.

⁵⁶⁶ BÉNOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, op. cit. (1968).

⁵⁶⁷ Nous pensons tout particulièrement à la thèse du professeur de CORAIL : *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français* (1953).

⁵⁶⁸ Nous pensons à cet article que Charles EISENMANN publia en réaction à un ouvrage de René SAVATIER (*Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile* ; paru en 1945 et réédition en 1950) : « Droit public, Droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle) » (in *R.D.P.* 1952, p. 903) ; ainsi qu'à cet autre article du même : « Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif » (in [collectif], *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX : homenaje a Enrique SAYAGUÉS LASO*, Madrid, Instituto de Estudios de Adminsitracion Local, 1969 (5 vol.), t. 4, p. 417).

⁵⁶⁹ Cf. CHAPUS René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences*

à l'utilisation du droit privé par le juge administratif, comme un exercice adéquat pour repenser la singularité du droit administratif.

La thèse de la non-application du droit privé par le juge administratif, en justifiant la liaison de la compétence et du fond, nous paraît avoir une part certaine de responsabilité dans la crise actuelle du droit administratif⁵⁷⁰.

Nous ne souhaitons pas nous y étendre davantage au risque de diluer notre propos, lequel consiste à souligner le dynamisme doctrinal que connurent ces décennies, au cours desquelles les administrativistes discutèrent de l'autonomie de leur discipline pour penser l'inédit qui en bouleversa la physionomie. Si au premier abord les termes des débats – entre service public et puissance publique – ne sont pas nouveaux, ils ont été employés à une démarche dont les ressorts furent sensiblement différents du premier XX^e siècle. Au moins pendant l'avant-guerre, la doctrine administrative s'est efforcée d'appréhender le droit de l'administration au travers d'un discours juridique, tout en se gardant d'être attirée dans la mouvance de la doctrine privatiste. À partir de l'Entre-deux-guerres et plus encore après 1945, la compénétration entre droit privé et droit public fit s'interroger sur l'identité d'un droit public dont l'existence n'était pas en cause, mais dont l'autonomie en des termes catégoriques faisait douter. Cette introspection doctrinale suggéra de nombreuses réflexions sur la définition à donner au droit administratif. Très certainement, la diffusion d'un positivisme juridique viennois – postulant l'unité du Droit –, relayé par Charles EISENMANN, les exacerba ou plutôt les orienta dans une perspective divergente de celle consacrée par un Gaston JÈZE, dont la technique juridique corroborait une autonomie davantage proclamée que démontrée. Concomitamment, il faut considérer que les privatistes furent aussi assaillis par une appréhension de même nature, laquelle s'énonça sous la formule d'une publicisation du droit privé. Le civiliste poitevin, René SAVATIER, se signala à cet égard en y consacrant plusieurs ouvrages⁵⁷¹. Nous tenons à mettre en rapport ces réflexions qui, de part et d'autre, mais en des termes différents, animèrent une doctrine juridique en mal d'appréhender un droit en mutation et de le mettre en discours⁵⁷². Il n'est pas question d'aborder ce sujet de front, mais seulement d'indiquer succinctement ceux de ses aspects qui affleurèrent le contrat administratif.

administrative et judiciaire, Paris, L.G.D.J., 1953 (thèse de doctorat, faculté de Paris ; présidée par WALINE). À rapprocher de : LAUBADÈRE André (de), « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration », in [collectif], *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille MESTRE*, op. cit. (1956), p. 383).

⁵⁷⁰ WALINE Jean, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, 1962 (thèse dactylogr., faculté de Paris ; présidée par VEDEL, professeur de droit administratif), p. 339.

⁵⁷¹ René SAVATIER publia dès 1945 cet ouvrage : *Du droit civil au droit public* (1945), à quoi il en ajouta trois autres réunis sous ce titre : *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* (1948-1964) : *Panorama des mutations* (1^{re} série, 1964 ; 3^e éd.) ; *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques* (2^e série, 1959) ; *Approfondissement d'un droit renouvelé* (3^e série, 1959).

⁵⁷² Cf. par exemple l'ouvrage insigne du doyen montpelliérain, Gaston MORIN : *La révolte du droit contre le code...*, op. cit. (1945).

593. La relégation au second plan du contrat administratif emportée par la crise du concept de service public. – À l'aune de cette « crise » du droit administratif⁵⁷³, le contrat administratif fut assez peu mobilisé dans les démonstrations déployées par les publicistes. Le droit administratif ayant été raffermi autour de l'idée de puissance publique, celui-là fut comme excentré d'un modèle qu'il participait si peu désormais à fonder. Dans ses efforts pour appréhender le droit administratif à l'aune du critère de l'utilité publique, Marcel WALINE ne l'associe pas aux « *notions de base du droit administratif* » qu'il restreint au service public, à l'établissement public, au fonctionnaire public et au domaine public⁵⁷⁴.

Le droit administratif décrit le régime applicable à la gestion des services publics par des collectivités publiques parmi lesquelles les établissements publics sont de plus en plus nombreux, par l'action de fonctionnaires utilisant notamment le domaine public⁵⁷⁵.

En promouvant le critère de la puissance publique, Georges VEDEL se place à un point de vue où le contrat perd de son sublime, relégué aux marges du droit administratif, comme une hypothèse alanguie de ce qui justifie sa particularité – c'est-à-dire le régime de puissance publique duquel procèdent des rapports inégaux, frappés par l'unilatéralisme de l'action administrative. Si effectivement il l'évoque peu dans ses démonstrations, le contrat administratif est parfois mobilisé pour confirmer sa thèse. Le professeur CHAPUS fut l'un des premiers à outrer la définition du contrat administratif en l'arcboutant sur le critère tiré des clauses exorbitantes du droit commun.

L'existence dans un contrat de l'administration de clauses exorbitantes du droit commun est la condition nécessaire et suffisante de son caractère administratif. (...)

⁵⁷³ Cette crise, nous l'avons indiqué, fut assimilée à une remise en cause du service public comme pierre angulaire du droit administratif – pour reprendre les propos de Gaston JÈZE (1914). Avant que ce concept ne revienne en grâce, à l'initiative notable de Roger LATOURNERIE – alors président de section au Conseil d'État, et qui publia cet article que l'on pourrait prendre comme un essai : « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? convalescence ? ou jouvence ? » (*in E.D.C.E.* 1960, p. 60) –, nous pouvons, pour donner les jalons de ces controverses, citer les articles de : Georges MORANGE (« Le déclin de la notion juridique de service public », *in Dalloz* 1947, chron. p. 45), Marcel WALINE (« Vicissitudes récentes de la notion de service public », *in Rev. adm.* 1948, n° 5, p. 23), Bernard CHENOT (« La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *in E.D.C.E.* 1950, p. 77), Jean-Marie AUBY (« Quelques difficultés du droit administratif français », *in Annales de la faculté de droit de Bordeaux* 1951, p. 3), Jean RIVERO (« Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *in Dalloz* 1951, chron. p. 99 & « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *in R.D.P.* 1953, p. 279), André de LAUBADÈRE (« Réflexions sur la crise du droit administratif français », *in Dalloz* 1952, p. 5), Georges VEDEL (« Les bases constitutionnelles du droit administratif », *in E.D.C.E.* 1954, p. 53), Jean L'HUILLIER (« À propos de la “crise” de la notion de service public », *in Dalloz* 1955, chron. p. 119 & « Nouvelles réflexions sur la notion de service public », *in Dalloz* 1957, chron. p. 91).

⁵⁷⁴ WALINE Marcel, « Préface. – Situation actuelle du droit administratif en France », *in Juris-classeur administratif, op. cit.* (1952), p. 10 *sq.*

⁵⁷⁵ *Id.*, p. 10.

C'est l'existence d'un procédé de puissance publique qui donne au contrat le caractère d'un acte administratif⁵⁷⁶.

Georges VEDEL couvrit cette opinion de toute son autorité doctrinale, au travers d'un article (écrit dans le courant de l'année 1953, bien que publié en 1956) où les clauses exorbitantes y font système avec sa représentation du droit administratif. Elles l'entérinent en confirmant la cohérence, la justesse et son opérationnalité.

Autant dans la détermination du caractère administratif des contrats, le critère du service public est verbal, apparent et sans grande portée, autant le critère de la clause exorbitante est efficace et agissant. (...)

S'il en est ainsi, c'est, croyons-nous, parce que la clause exorbitante est le signe que le contrat institue un régime « de droit public » ou mieux de puissance publique.

On a essayé ailleurs de montrer que, épurée, rajeunie et complétée, la notion de puissance publique, corollaire de celle de pouvoir exécutif, est la base constitutionnelle et donc première du droit administratif. C'est elle qui préside au partage des compétences entre la juridiction administrative et les tribunaux judiciaires⁵⁷⁷.

Employé à entériner une doctrine dont les fondements reposent sur une figure renversée du contrat – c'est-à-dire sur l'action unilatérale, figure par excellence de l'exorbitance du régime de puissance publique –, le contrat administratif se présenta essentiellement sous l'image un peu pâle d'un contrat compliqué d'un régime spécial – exorbitant du droit commun. Peu sollicité pour esquisser une nouvelle identité à l'adresse du droit administratif, le contrat administratif l'est tout aussi peu dans les critiques dirigées contre le concept de service public – en témoigne la thèse (précitée) de Jean-Louis de CORAIL, lequel oriente ses investigations en direction des services publics industriels et commerciaux, ainsi que des entreprises nationalisées.

594. À vrai dire, Georges VEDEL ne s'en fait pas une idée si singulière. Le point de vue auquel il se place – essentiellement contentieux – renvoie à une conception du contrat administratif admise par d'autres de ses contemporains, si ce n'est par la presque majorité. Une telle conception n'est pas très éloignée de celle que Marcel WALINE promut dans son manuel dès 1936, en assimilant le concept de contrat administratif au travers d'un positivisme vivifié, voire exacerbé. Pour autant, la préférence dont il crédite la clause exorbitante en tant qu'elle corrobore sa représentation du droit administratif, met en exergue la nature du contrat administratif. Une fois dévêtu de ses atours singuliers, il ne reste qu'un contrat en rien différent de ceux pratiqués dans le champ du droit privé. Cette approche du contrat administratif qui envisage sa qualification à l'aune du contentieux, le présente

⁵⁷⁶ CHAPUS René, *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, op. cit. (1953), p. 109 et 129.

⁵⁷⁷ VEDEL Georges, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in [collectif], *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille MESTRE*, op. cit. (1956), p. 543-544.

comme un support sur lequel s'imprime l'*imperium* de l'administration. En 1942, Eugène DESGRANGES – alors chargé de conférences à la faculté de Paris – visait justement cette ambivalence, sans – il est vrai – manifester le souci de la dissiper. En recherchant la définition jurisprudentielle des marchés de fournitures, il parvient à l'alternative suivante :

Pour une certaine jurisprudence, les clauses exorbitantes du droit commun sont le contenu même du contrat. Il en résulte que le marché de fournitures s'oppose *matériellement* au contrat de droit privé. C'est un contrat administratif par nature.

Par une autre jurisprudence, les clauses exorbitantes sont des éléments révélateurs de la *volonté de l'organe* administratif. La valeur est *relative*. Dans cette conception, le marché de fournitures n'est donc plus un contrat administratif par nature, mais un contrat administratif par détermination de la volonté de l'Administration⁵⁷⁸.

En reconnaissant à travers chacune de ces deux définitions l'empreinte des « *deux principes fondamentaux du droit administratif* », il conclut sur un ton circonspect, en déployant des égards que n'ont pas eu ses successeurs.

Les principes de base [du droit administratif] ne peuvent pas être supprimés : Ne pas tenir compte de la notion de service public, c'est nier toute originalité au droit administratif. Supprimer le libre choix des procédés, c'est absorber tout acte de l'Administration dans le droit administratif. C'est en somme obliger l'Administration à user constamment du procédé de « service public » qui est, croyons-nous, le procédé le moins gênant pour l'individu dans la gestion des services publics, l'Administration dépouillant pour ainsi dire son *imperium*. Et si l'on pense que l'individu en tant que tel conserve une valeur, il faut bien défendre la gestion privée⁵⁷⁹.

Dans les décennies suivantes, les essais entrepris à la définition du droit administratif ne donnèrent plus à voir dans le contrat administratif qu'un contrat au sein duquel certaines stipulations signalent incidemment la volonté des contractants de le soumettre à un régime de droit public. Quoique les arrêts *Consorts GRIMOUARD & Époux BERTIN* (1956) ôtèrent à ce critère de sa suprématie, cette acception demeura. C'est-à-dire celle d'un contrat dont le régime juridique fût spécifique du droit privé, et tout juste propre à caractériser l'autonomie du droit administratif⁵⁸⁰. Car si ces arrêts ont été associés à un revirement de jurisprudence, ils ont moins esquissé une nouvelle définition du contrat administratif qu'ils n'ont en fait déplacé la manière de l'appréhender. Le contrat n'est pas un référent fixe à l'aune duquel la singularité du contrat administratif s'apprécie. L'évolution des pratiques contractuelles employées dans le commerce a oblitéré ce que les clauses exorbitantes du droit commun avaient

⁵⁷⁸ DESGRANGES Eugène, « Définition du marché de fournitures. Étude de jurisprudence », in *R.D.P.* 1942, p. 232.

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 234.

⁵⁸⁰ Pour exemple – voici des propos tenus par Jean RIVERO dans son précis : « *Étant donné l'importance économique des opérations réalisées par le procédé du contrat administratif, son régime présente une importance pratique considérable ; du point de vue juridique, ce régime, comparé à celui des contrats privés, met en plein relief l'autonomie et l'originalité du droit administratif* » (*Droit administratif, op. cit.* (1^{re} éd., 1960), p. 91).

de caractéristique. D'où une définition du contrat administratif compliquée du « critère » du service public.

La clause exorbitante du droit commun n'est pas la clause *impossible* ou *illicite* en droit privé. Le droit public n'a pas le monopole des contrats fondés sur l'inégalité des droits des cocontractants. On en trouve en droit privé, qu'il s'agisse de contrats d'adhésion ou de contrats passés entre firmes de dimensions inégales. (...) L'ampleur de ces transformations est seulement dissimulée par le fait qu'un très grand nombre de litiges relatifs à ces contrats sont réglés par la voie arbitrale, et souvent au sein même de la profession⁵⁸¹.

Au terme des années 1950, l'on voit certaines thèses qui, pour être critiques de l'idée de puissance publique, n'envisagent pas autrement le contrat administratif, voire même accentuent sa nature contractuelle dans des proportions singulières.

Le contrat administratif, acte juridique, ne [contient] (...) aucune trace de l'idée de puissance publique, ce qui ne saurait étonner outre mesure, puisque le contrat, fût-il administratif, demeure un contrat, c'est-à-dire un acte juridique qui ne peut se former qu'à la suite d'une libre manifestation de volonté de chacune des parties. (...)

Cela ne signifie pas que le régime juridique auquel le contrat est soumis ne comporte pas de pouvoirs exorbitants. Bien mieux, si la puissance publique apparaît, c'est exclusivement en ce domaine du droit administratif contractuel qui régit l'exécution du contrat⁵⁸².

Présenté comme une technique juridique au travers de laquelle la puissance publique trouve à s'appuyer sur un accord de volontés, le contrat administratif n'est qu'« *un cadre, dont les exigences, lorsqu'elles ne sont que formelles, doivent plier devant les impératifs supérieurs qui découlent de la réalité qu'il contient* »⁵⁸³. Il résulte du choix de l'administration de déployer ses prérogatives d'après un procédé consensuel qui en conserve une partie de leur vigueur.

L'idée de puissance publique est donc présente dans les rapports contractuels, mais du recours à l'accord de volontés résulte pour l'acte unilatéral une atténuation de ses caractères originaires. La nature même de l'accord de volontés s'oppose à ce que le pouvoir d'action unilatérale conserve la même intensité⁵⁸⁴.

Cette thèse démystifie la puissance publique consubstantielle au pouvoir administratif. Elle dénote l'exercice d'un pouvoir qui, à raison des fonctions compliquées d'une administration (lesquelles ne sont plus seulement celle d'autorité mais aussi celle de collaboration⁵⁸⁵), se retrouve diffus dans l'ensemble de la société,

⁵⁸¹ LONG Marceau, Conclusions sous l'arrêt *Société Gondrand frères* (C.E. sect., 11 mai 1956), in *A.J.D.A.* 1956, p. 248.

⁵⁸² ROUSSET Michel, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Grenoble, Imprimerie Allier, 1960 (thèse de doctorat, faculté de Grenoble ; présidée par COLLIARD) p. 145.

⁵⁸³ *Id.*, p. 145-146.

⁵⁸⁴ *Id.*, p. 161.

⁵⁸⁵ Peu après le professeur ROUSSET, André de LAUBADÈRE rendit compte de la diversification des usages auxquels les contrats se prêtaient entre les mains de l'administration. Et de spécifier les « *contrats de*

sous autant de manifestations diverses. « *La frontière entre l'administration et la société, entre les intérêts "publics" et les intérêts "privés", n'est plus étanche* »⁵⁸⁶.

- 595. Contrat administratif et contrat privé : un rapprochement sensible attisé par l'équivalence des techniques contractuelles.** – La thèse de Michel ROUSSET explicite ce qui l'est rarement : si le contrat administratif est d'autant plus facilement rapproché – à travers l'examen de sa nature – du contrat du droit privé, c'est que celui-ci ne se présente plus sous les mêmes aspects qu'au début du XX^e siècle, c'est-à-dire comme l'emblème de l'autonomie de la volonté. La fécondité de la technique contractuelle en modifia si bien la conception que le contrat du droit privé s'offrit aux administrativistes sous un aspect moins irréductible au droit public⁵⁸⁷. Les mutations du droit privé qui ont fait dire à certains privatistes que le contrat se publicisait, l'ont profondément bouleversé. Au travers d'une dynamique où les doctrines privatiste et publiciste ont chacune pensé l'inédit en convoquant – notamment – l'autre droit comme référent, les administrativistes ont d'autant plus facilement rapporté le contrat administratif au contrat du droit privé, que l'administration employait une technique contractuelle à des fins nouvelles où il n'était plus seulement question de solliciter le concours d'auxiliaires pour la marche des services publics. Tandis que le consensualisme de son action devint parfois l'enjeu même de sa démarche, les contrats du droit privé – de leur côté – se sont laissés pénétrer d'aspects inédits, dus au développement d'une économie planifiée. Aussi le référent auquel ils ont pu donner lieu fut d'autant plus facilement assimilé par les administrativistes que ces derniers se sont efforcés d'exacerber la régularisation des relations contractuelles de l'administration. Quoique nous nous éloignons de beaucoup de la période que nous étudions (les années 1950-1960), c'est une telle perspective qui, après le professeur LLORENS⁵⁸⁸, conduit le professeur WALINE à appeler de ses vœux une théorie générale des contrats qui fût commune au droit administratif et au droit civil, en considération du fait que le contrat n'est plus cette déclinaison de la doctrine de l'autonomie de la volonté, mais le fruit de cette convergence entre l'utile et le juste. En adhérant à la doctrine du professeur

collaboration », lorsque l'État fait « *appel à l'action parallèle des administrés dans le cadre tout naturel d'accords passés avec eux* » ; et les « *contrats d'administration* », lorsque l'État préfère déployer son action en s'associant les administrés, plutôt que de les soumettre à une réglementation impérative (« *Administration et contrat* », in [collectif], *Mélanges offerts à Jean BRËTHE DE LA GRESSAYE*, Bordeaux, Éditions Brière, 1968, p. 454).

⁵⁸⁶ ROUSSET Michel, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, *op. cit.* (1960), p. 252.

⁵⁸⁷ Cf. à cet égard l'article de Michel VASSEUR : « *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle* » (in *R.T.D. civ.* 1964, p. 1) ; et celui d'Henri BATIFFOL, où cet auteur se montre plus désabusé, sinon circonspect en cherchant « *à préciser dans quelle mesure les juristes pouvaient encore parler à l'heure actuelle de contrat sans se voir reprocher d'utiliser un concept qui ne correspondrait plus à aucune réalité juridiquement définissable* » (« *La "crise du contrat" et sa portée* », in *Archives de philosophie du droit* 1968, p. 30).

⁵⁸⁸ Cf. LLORENS François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, L.G.D.J., 1981 (thèse de doctorat, université Toulouse I).

GHESTIN, il estime :

C'est la recherche par le droit objectif du juste et de l'utile qui justifie la force obligatoire du contrat et en fixe les conditions et les limites. Le contrat est obligatoire parce qu'il est utile ; le contrat n'est obligatoire que s'il est juste⁵⁸⁹.

Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, c'est peu ou prou ce que Jacques FLOUR – par une provocation assumée – cru pouvoir discerner à travers ce lieu commun qu'était alors pour les privatistes la publicisation du droit privé.

Il y a plutôt absorption des activités privées que du droit privé [par le droit public] ; là où les particuliers agissaient, c'est souvent l'État qui agit ; mais le droit privé demeurera là où le particulier continue d'agir, serait-ce d'une façon subordonnée au commandement étatique. Enfin, et surtout, si absorption il y a, on est obligé de constater qu'elle est parfois réversible. Le développement de certaines personnes morales fait pénétrer le droit privé dans le droit public. (...) Les contrats conclus par la puissance publique ne sont qualifiés « administratifs » qu'autant qu'ils contiennent des clauses exorbitantes du droit commun. Les entreprises récemment nationalisées continueront d'être gérées suivant les principes du droit privé.

On voit poindre la tentation de conclure sur une « privatisation » du droit public, particulièrement du contrat administratif. Ce ne serait, certes, qu'insoutenable paradoxe. Mais, pour rendre compte de faits exacts en soi, la « publicisation » du droit privé n'est-elle pas, elle aussi, une formule excessive ?⁵⁹⁰

La même année, René SAVATIER soulevait la même remarque :

Pour se moderniser, pour s'adapter à la vie sociale qu'il aspire à dominer, l'État ne devra-t-il pas se commercialiser, s'exprimer par les techniques du droit privé, et subir, du même coup, l'influence exercée par ces techniques sur le fond même du droit nouveau qui se crée ?⁵⁹¹

En attirant cette question à celle – spécifique aux publicistes – des fondements du droit administratif, Jean RIVERO paraphrasait des vers d'HORACE pour suggérer cette idée qu'en étendant ses activités, l'administration ne pouvait se donner à elle-même un droit administratif qui n'en fût pas affecté en retour.

[La publicisation du droit privé] que le publiciste constate (...) n'offre-t-elle pas une contre-partie ? Ne faut-il pas, avant de conclure, évoquer une dernière forme de conquête, celle que la Grèce captive fit subir à son farouche vainqueur ? Le droit public, envahissant dans les limites et sous la réserve qu'on a indiquées, n'est-il pas en train de se laisser apprivoiser par le droit privé ?⁵⁹²

⁵⁸⁹ WALINE Jean, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in [collectif], *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 974.

⁵⁹⁰ FLOUR Jacques, « Rapport sur l'influence du droit public sur le droit privé en France », in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française* 1946, p. 196.

⁵⁹¹ SAVATIER René, « Droit privé et droit public », in *Dalloz* 1946 chron. p. 27.

⁵⁹² RIVERO Jean, « Droit public et droit privé, conquête ou *statu quo* ? », in *Dalloz* 1947, chron. p. 71.

Paragraphe 2. – Situer la théorie civile des contrats et organiser les techniques contractuelles de l'administration

596. Une théorie des contrats administratifs moins subversive du contrat, pacifiée avec la théorie civile des contrats. – En évoquant allusivement la privatisation des contrats administratifs, Jacques FLOUR paraît accorder peu de crédit à cette hypothèse. Les civilistes ne paraissent pas sérieusement contester leurs caractères propres, tant ils présentent des aspects qui, conçus comme ils le sont par les administrativistes, demeurent encore difficilement assimilables au droit privé et choquent la conception civiliste du contrat⁵⁹³. Disons-le autrement : si nous affirmons que chacune des deux doctrines – privatiste et publiciste – use du droit alternatif pour penser l'inédit, cela ne signifie pas que l'appréhension portée sur l'un et l'autre droit soit cautionnée par la doctrine correspondante. En d'autres termes, si les publicistes inclinent à rapprocher le contrat administratif du contrat du droit privé en oblitérant sa singularité, les privatistes n'en continuent pas moins à le rejeter en dehors du droit privé, comme un ferment subversif menaçant pour la cohérence du concept. Ainsi lit-on dans les *Leçons de droit civil* des MAZEAUD : « On qualifie cet acte contrat administratif ; mais il n'a plus du contrat que le nom ».

[Le contrat administratif] use de procédés de droit public ; l'acte passé avec les particuliers traduit, par l'adoption de clauses exorbitantes du droit commun, l'autorité du service s'imposant au particulier ; on n'est plus alors en présence d'un véritable contrat, mais d'un acte soumis au contrôle et à la direction de l'Administration, pouvant être modifié ultérieurement par elle, et où s'affirme la complète inégalité des parties⁵⁹⁴.

Les ouvrages universitaires condensés – dans le type « précis » – ignorent purement et simplement les contrats administratifs, du moins autant que nos recherches nous en persuadent⁵⁹⁵. Les traités leurs consacrent quelques lignes. Le *Cours élémentaire de droit civil français* des professeurs COLIN & CAPITANT y fait tout juste allusion⁵⁹⁶. Le *Traité pratique de droit civil français* des professeurs PLANIOL & RIPERT a conservé de l'édition *princeps* un paragraphe sur les « contrats de droit public ». Nous l'avions évoqué plus haut pour signaler en quel sens ces auteurs les appréhendèrent : il s'agit toujours (dans la seconde édition) d'interroger la validité de la doctrine de

⁵⁹³ Cf. par exemple l'article de Jean BRETHER DE LA GRESSAYE : « Droit administratif et droit privé » (*in* [collectif], *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges RIPERT*, Paris, L.G.D.J., 1950 (2 vol.), t. 1, p. 30).

⁵⁹⁴ MAZEAUD Henri, Jean & Léon, *Leçons de droit civil*, Paris, Éditions Montchrestien, 1955-1963 (1^{re} éd., 4 vol.), t. 2 (1956), p. 50.

⁵⁹⁵ Nous avons consulté les ouvrages suivants (les dates indiquées correspondant aux éditions *princeps*) : *Cours de droit civil* de René SAVATIER (1944), le *Droit civil* de Jean CARBONNIER (1955-1957, 2 vol.), et le *Précis de droit civil* de Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (1956-1959, 4 vol.).

⁵⁹⁶ JULLIOT DE LA MORANDIÈRE Léon, *Cours élémentaire de droit civil français par Ambroise COLIN et Henri CAPITANT*, Paris, Dalloz, 1950-1955 (10^e et dernière éd., 3 vol.), t. 2 (1953), p. 12 & du même auteur : *Traité de droit civil de Ambroise COLIN et Henri CAPITANT*, Paris, Dalloz, 1957-1959 (2 vol.), t. 2, p. 308.

l'autonomie de la volonté en en circonscrivant les limites⁵⁹⁷. Les professeurs RIPERT & BOULANGER illustrent bien – à notre sens – la transformation qui s'opère dans la manière de les attirer au droit civil. Dans le *Traité élémentaire de droit civil* de PLANIOL dont ils assurent la réédition, ils abordent les contrats administratifs en analysant le concept de contrat, à l'occasion de quoi ils en précisent la teneur en évoquant un certain nombre d'hypothèses limites : les contrats d'adhésion, les conventions collectives, les contrats administratifs, *etc.* Ces derniers en particulier permettent d'insister sur la nature des relations qui procèdent des contrats.

On ne saurait considérer comme des rapports contractuels ceux qui existent entre l'État, puissance publique et les personnes soumises à cette puissance. Une *concession* de service public n'est pas un contrat. Mais, d'une part, les personnes morales administratives peuvent passer des contrats comme les particuliers ; d'autre part, la technique du droit privé en matière d'obligations a exercé une influence sur la technique du droit public, encore qu'il soit souvent nécessaire de faire des différences. Elles tiennent à l'inégalité de droit des contractants et à la supériorité de la volonté de la personne administrative sur celle du cocontractant. Cette supériorité procède de ce fait que la personne publique ne poursuit d'autre but que l'intérêt public⁵⁹⁸.

Dans l'édition suivante qu'ils refondent profondément, ils reprennent peu ou prou les mêmes développements, mais pour les mettre en introduction du chapitre consacré à la classification des contrats. Les contrats administratifs ne sont plus tant une hypothèse à l'aune de laquelle le concept de contrat se précise par des jeux de contraste, qu'ils ne sont présentés comme une catégorie autonome des contrats du droit civil, dans la contiguïté desquels ils se placent.

L'État et les personnes morales de droit public passent des contrats. Mais, alors que certains de ces contrats sont soumis aux règles du droit privé, d'autres, et les plus importants, sont dits contrats administratifs et échappent à l'application de ces règles. Comme le contentieux des difficultés de ces contrats relève des tribunaux administratifs, ces tribunaux ont dégagé une série de règles qui diffèrent de celles du droit civil, encore que ce droit leur ait donné les principes généraux à suivre, et que les décisions rendues visent parfois les articles du Code⁵⁹⁹.

En somme, les civilistes accusent dans les années 1950 l'autonomie de la théorie des contrats administratifs dont ils admettaient déjà les termes, mais une autonomie qu'ils saisissent d'une manière sensiblement différente. Il n'est plus tant question d'une originalité menaçante pour la théorie des contrats, que d'une théorie autonome dont il est fait mention pour mieux la situer par rapport au droit civil. Il ne fait aucun doute que le *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* d'André de LAUBADÈRE

⁵⁹⁷ PLANIOL Marcel & RIPERT Georges, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1951-1963 (2^e éd., 14 vol.), t. 6 (1952 ; avec la collaboration de Paul ESMEIN), p. 27.

⁵⁹⁸ BOULANGER Jean & RIPERT Georges, *Traité élémentaire de droit civil de PLANIOL*, Paris, L.G.D.J., 1948-1952 (4^e éd., 3 vol.), t. 2 (1952), p. 24.

⁵⁹⁹ BOULANGER Jean & RIPERT Georges, *Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL*, Paris, L.G.D.J., 1956-1959 (4 vol.), t. 2 (1957), p. 29.

(1956) a contribué décisivement à sa réception – ne fût-ce qu'en lui offrant une existence médiatique plus formelle et une expression actualisée qui l'a amarrée au droit positif. Cela étant dit, force est d'admettre que de nos jours, la majeure partie des ouvrages de droit civil n'évoquent les contrats administratifs. Autre exemple topique, la thèse du professeur SAVAUX ignore superbement la théorie des contrats administratifs, alors même qu'elle aurait pu se prêter à enrichir les développements qu'il consacre à la théorie générale du contrat et la science du droit⁶⁰⁰.

597. De l'importance de tenir compte des enjeux sous-jacents aux doctrines qui ont mis en discours les contrats administratifs. – Lorsque des auteurs comme Jean RIVERO souhaitent souligner l'influence du droit privé sur le droit administratif, ils mobilisent de nombreux exemples parmi lesquels figurent rarement – sinon jamais – les contrats administratifs. Ceux-ci continuent – il est vrai – d'incarner l'autonomie – sinon les particularismes – du droit administratif. La doctrine de Gaston JÈZE fait encore sentir son influence, qui ne concevait aucune distinction fondamentale entre les contrats administratifs et les contrats du droit privé, sauf à déployer une technique juridique foncièrement différente qui supposait cette autonomie dont il est question. Les circonstances dans lesquelles il a formalisé sa théorie des contrats administratifs expliquent – à notre sens – la rigueur toute formelle avec laquelle il les départit du droit privé. S'il n'a jamais été loquace sur les ressorts de sa doctrine, l'essor dans l'Entre-deux-guerres de la théorie de la gestion privée paraît l'avoir incité à publiciser le contrat. D'une part, pour y adapter sa représentation du droit administratif, laquelle autrement aurait pu être infirmée par un concept civiliste qui en s'y introduisant en eût miné la cohérence. D'autre part, pour enrayer les théories institutionnalistes que la théorie de l'imprévision avait rendues soucieuses de dépasser le contrat en l'associant à une analyse institutionnelle de l'action administrative. En renvoyant à nos précédents développements, nous voulons insister sur ce que la manière dont il s'y est pris pour l'énoncer, fut fonction de ce ceux pour qui, à l'encontre de qui et contre qui il la formalisa. D'aucuns ont affirmé que Gaston JÈZE serait revenu sur sa théorie en en minorant la portée, spécialement à propos du pouvoir de modification unilatérale de l'administration⁶⁰¹. Nous pensons plutôt qu'en 1945, il tint des propos qui firent accroire à cette hypothèse parce qu'il s'adressa avant tout à Georges PÉQUIGNOT – lequel nia la nature contractuelle des contrats administratifs dans sa brillante thèse. C'est pourquoi Gaston JÈZE n'eut à cette époque pas tant à promouvoir l'autonomie des contrats administratifs qu'à défendre leur nature contractuelle. Dans les années d'après-guerre, les termes en lesquels se

⁶⁰⁰ Cf. SAVAUX Éric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, L.G.D.J., 1997 (thèse de doctorat, université de Poitiers).

⁶⁰¹ Cf. par exemple l'article de Georges SALON : « Gaston JÈZE et la théorie générale des contrats administratifs », in *R.H.F.D.* 1991, n° 12, p. 71.

pose le sujet sont en effet différents. Il y est moins question d'affirmer l'autonomie du droit administratif par l'exemple de ses contrats, que d'infirmier cette idée suivant quoi ils seraient des actes non-contractuels. Alors que la théorie des contrats administratifs s'est fermement établie par le biais de la jurisprudence administrative, ceux qui écrivent à son propos insistent moins sur son autonomie qu'ils ne soulignent les sources dont elle s'inspire et qui tiennent à une théorie générale des contrats – théorie teintée de droit naturel. Le champ des oppositions et les perspectives des possibles ont de beaucoup changé. Ce d'autant que l'administration normalise ses relations contractuelles pour s'assurer une collaboration plus efficiente avec ses contractants. Marcel WALINE y insista en synthétisant plusieurs thèses dont il assumait la direction⁶⁰². Il n'est pas surprenant que dans ces années-là, la doctrine de Gaston JÈZE, énoncée dans les années 1920, paraît excessive en certaines de ses affirmations. Ainsi en le visant, André de LAUBADÈRE écrit : « *Sans doute ce particularisme est quelquefois défini en des termes discutables. (...) Du moins le régime juridique des contrats administratifs s'écarte-t-il fréquemment de celui des contrats civils* »⁶⁰³. Pour autant :

[Leurs] éléments de particularisme (...) n'empêchent pas le contrat administratif, malgré son originalité par rapport au contrat de droit privé, d'être un véritable contrat, c'est-à-dire (...) un accord de volontés productif d'obligations⁶⁰⁴.

De même dans la seconde édition (posthume) de son traité :

Le contrat administratif est un *contrat inégalitaire*, mais un contrat inégalitaire n'est pas un acte unilatéral⁶⁰⁵.

En fait, Georges PÉQUIGNOT fut bien isolé en affirmant l'inverse – ou plutôt en s'évertuant à le démontrer dans une thèse partout distinguée, mais toujours rejetée pour ses conclusions iconoclastes. Peut-être les intentions desquelles sa démonstration a procédé, n'ont-elles pas été suffisamment prises en compte.

- 598. Les contrats administratifs : un concept employé à organiser la pluralité des procédés contractuels de l'administration.** – La trame discursive au travers de laquelle les contrats administratifs sont saisis est complexe : car il n'est jamais seulement question que de ces contrats. Toujours ils se prêtent à des biais dont beaucoup se rapportent à penser l'identité du droit administratif. Penser, discuter ou controverser leur originalité, c'est donner sens à l'autonomie du droit administratif en

⁶⁰² WALINE Marcel, « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants », in *R.D.P.* 1951, p. 5.

⁶⁰³ LAUBADÈRE André (de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, op. cit. (1^{re} éd.), t. 1 (1956), p. 22. Cf. du même auteur : « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration » (in [collectif], *L'évolution du droit public : études offertes à Achille MESTRE*, op. cit. (1956, p. 383).

⁶⁰⁴ *Id.*, p. 24.

⁶⁰⁵ LAUBADÈRE André (de), DELVOLVÉ Pierre & MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 1983-1984 (2^e éd., 2 vol.), t. 1, p. 71.

lui assignant une certaine portée et lui conférant une certaine fonctionnalité. Au travers de ces implications, la théorie des contrats administratifs prend des atours différents dont la confrontation laisse apparaître les déterminants historiques de sa genèse. Dans ses travaux de thèse, le professeur LAMARQUE l'a remarquablement bien discerné. Le choix de son sujet n'est pas fortuit, qui traite de l'application du droit privé aux services publics administratifs, c'est-à-dire un point de tension névralgique entre le droit administratif et le droit privé. Les conclusions auxquelles il parvient mettent en exergue que les contrats administratifs ont été conceptualisés pour conférer aux contrats de l'administration des régimes spécifiques entre lesquels s'organisent des oppositions, des brisures et des régularités continues. L'antagonisme entre droit privé et droit public fut propre à penser des discontinuités entre tous les contrats employés par l'administration. Ce faisant, il insiste pour démontrer que le régime du droit privé utilisé par l'administration n'équivaut pas au droit privé proprement dit, mais qu'il se complique de spécialités si nombreuses que le recours au droit privé apparaît presque – en dévoyant la lettre pour mieux en faire ressortir l'esprit – comme une formule imagée.

La différence entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé de l'administration est certainement beaucoup moins grande que celle qui existe entre ses contrats de droit privé et les contrats des particuliers⁶⁰⁶.

Hormis des disparités d'ordre secondaire, « *la différence principale* [entre les contrats administratifs et les contrats de l'administration de droit privé] *concerne les pouvoirs administratifs de modification unilatérale et de résiliation du contrat* »⁶⁰⁷. Tous les contrats de l'administration impliquent « *un régime de puissance publique* » dont les déclinaisons ne consistent qu'en « *une différence de degré, très atténuée* »⁶⁰⁸. Lui-même, après d'autres, ne semble pas accorder à ce pouvoir de modification unilatérale une portée si grande qu'elle puisse fonder une opposition de nature entre ces contrats. « *Ce n'est pas sur ce point que pourraient être distingués les deux régimes juridiques de contrats, si l'on devait admettre avec une partie de la doctrine, que ces pouvoirs de l'administration de modification unilatérale et de résiliation du contrat n'existent pas en dehors de dispositions réglementaires ou de stipulations conventionnelles spéciales* »⁶⁰⁹. Dans un article rédigé peu après :

Les contrats de l'administration, quels qu'ils soient, présentent tous la même nature profonde et ne diffèrent que sur des points secondaires. Leur distinction en contrats de droit privé et contrats administratifs ne peut se justifier par la différence de leurs régimes juridiques respectifs ; ce n'est qu'une distinction artificielle introduite sur le plan contentieux⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ LAMARQUE Jean, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, Paris, L.G.D.J., 1960 (thèse de doctorat, faculté de Bordeaux ; présidée par AUBY), p. 505.

⁶⁰⁷ *Id.*, p. 504.

⁶⁰⁸ *Id.*, p. 506.

⁶⁰⁹ *Id.*, p. 505.

⁶¹⁰ LAMARQUE Jean, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les

Nous ne souhaitons pas tant discuter cette affirmation – et la proposition qu'il avance, d'unifier au profit de la juridiction administrative le contentieux contractuel de l'administration – que la dériver à notre examen historique. En portant son attention sur les contrats du droit privé de l'administration, il dissipe les mystères qui ont participé de la genèse de la théorie des contrats administratifs, à savoir une assimilation de ces contrats aux contrats *privés*.

599. Ces ressorts ont situé la formalisation de cette théorie dans une opposition entre droit privé et droit public, qui loin d'être artificieuse fut un dispositif fécond, employée par la jurisprudence et la doctrine administratives, pour penser, par un jeu de référence et de contre-référence, la complexité des relations contractuelles de l'administration ; pour lui conférer une régularité discursive ainsi qu'une cohérence théorique. À la fin des années 1960, le professeur BÉNOIT qui est particulièrement sensible aux travaux historiques, en donne une illustration au travers d'un point de vue qui n'est pas isolé, ni inédit : la technique contractuelle du droit privé consacre l'égalité des parties, celle du droit administratif consacre l'inégalité des parties. Toutefois, cette antinomie résulte d'une appréhension doctrinale plutôt que d'une réalité avérée en jurisprudence

Il ne s'agit donc pas d'une inégalité constatée ou subie, mais d'une inégalité proclamée comme nécessaire. (...) Le contrat de concession, où en fait les rapports entre l'Administration et le concessionnaire se situent sur un plan assez proche de l'égalité, doit précisément la défaveur politique dont il a été frappé après 1946 à ce fait que le concessionnaire paraît trop puissant en face de l'Administration ; cette semi-égalité choque certains⁶¹¹.

Il l'affirme avec force, car « *la dualité de nos régimes contractuels, de droit privé et de droit public, découle donc nécessairement de la dualité des problèmes de fait à résoudre* »⁶¹². Si bien que le régime spécial aux contrats administratifs ne se comprend pas nécessairement en des termes défavorables pour les contractants :

Le régime du contrat de droit public peut tout au contraire s'avérer beaucoup plus favorable pour les particuliers cocontractants de l'Administration que ne l'est le régime du contrat de droit privé, dans la mesure où il apparaît nécessaire de défendre l'intérêt général à travers les intérêts du particulier : la jurisprudence administrative sur l'imprévision illustre ce fait de façon frappante⁶¹³.

Ces propos soutiennent une doctrine classique qui conçoit les contrats administratifs à partir de l'inégalité des rapports entre les contractants ; ils insistent en outre sur la manière dont elle participe à incarner la *summa divisio* ; ils soulignent enfin en quoi cette perspective relève de la manière de penser les contrats administratifs.

contrats administratifs et les contrats de droit privé », in *A.J.D.A.* 1961, p. 124.

⁶¹¹ BÉNOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français, op. cit.* (1968), p. 587-588.

⁶¹² *Id.*, p. 588.

⁶¹³ *Ibid.*

Cette adaptation des solutions juridiques aux données de fait se retrouve d'ailleurs à l'intérieur de chacun de ces régimes d'ensemble, tant en droit public, où, par exemple, des nuances sérieuses séparent le régime des marchés de celui des concessions, qu'en droit privé, où le régime pur du Code civil est bien souvent écarté au profit de régimes adaptés aux données de fait particulières propres (*sic*), par exemple, aux matières commerciale, maritime, du travail, agricole et bien d'autres encore...⁶¹⁴

En somme, la théorie des contrats administratifs est une appréhension spécifiquement juridique de l'activité contractuelle de l'administration. La forme par laquelle elle se retrouve mise en discours est tout à la fois fonction des acteurs, saisis et soucieux de préoccupations auxquelles elle vient s'articuler en épousant les enjeux ; et fonction de la représentation du droit administratif qu'elle participe à informer et sans laquelle il est difficile d'en saisir les ressorts. Nonobstant un vocabulaire qui feint la continuité, les contrats administratifs ne peuvent s'énoncer en des termes identiques suivant les époques, en ce sens qu'ils traduisent des discours orientés d'après des enjeux contingents. Le professeur PLESSIX qui rapporte l'inclination de la doctrine administrative contemporaine à rapprocher le droit des contrats administratifs du droit commun des contrats⁶¹⁵, nous paraît corroborer notre hypothèse : cette tendance est une vibration qui résonne à l'unisson avec l'eupéanisation du droit des contrats.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ Cf. PLESSIX Benoît, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », *in Revue de droit d'Assas* 2011, n° 4, p. 46.

600. Conclusion du titre IV. – La théorie des contrats administratifs est contingente de l'Entre-deux-guerres. Sa formalisation procède tout à la fois de la théorie de l'imprévision consacrée par le Conseil d'État en 1916, et de la théorie de la gestion privée développée dans les années 1920. Ce n'est pas dire que la conjonction de ces facteurs aurait inexorablement conduit à cette théorie. Seulement, elle suscita des entreprises doctrinales regroupées autour de la théorie des contrats administratifs et de la théorie de l'institution. Celles-ci incarnent deux réactions divergentes : la première assimila au droit administratif le contrat en lui assignant une valeur spécifique, tandis que la seconde s'efforça de dépasser le contrat pour tendre vers l'institution. De ce point de vue, il n'y a pas lieu de déplorer qu'un auteur comme Maurice HAURIOU ait prêté si peu d'intérêt à la théorie des contrats administratifs. Au contraire d'un Gaston JÈZE, celui-ci s'efforça, par le biais de la théorie de l'institution, d'oblitérer les rigueurs de la *summa divisio* en soulignant les continuités qui, du droit public au droit privé, lissent les phénomènes juridiques. C'est à ce propos qu'il usa de la théorie de l'imprévision. À l'inverse, son collègue parisien accultura le contrat au droit administratif pour renforcer la *summa divisio* en concevant deux genres de contrat différents, quoique participant d'une théorie générale commune. À cet effet, la technique juridique fut employée à conférer au contrat administratif une autonomie en lui désignant un régime juridique spécifique. Cette entreprise doctrinale n'en reste pas moins performative. Elle associa un contrat administratif, dont la définition était essentiellement contentieuse et opérée à partir de contrats touchant aux confins du droit privé, avec un régime juridique abstrait à partir des contrats les plus irréductibles au droit privé – notamment la concession de service public. D'où une tension originelle qui affecte encore la théorie des contrats administratifs et que bon nombre ont justement relevé. En réaction à la thèse de Georges PÉQUIGNOT qui outra les tenants et les aboutissants de cette thèse, Gaston JÈZE modéra ultérieurement les termes de celle-ci, en lui assignant une portée qui corrobore les intentions qui ont présidé à sa conception : publiciser le contrat tout en conservant au droit administratif son autonomie. Certes, d'autres après ce dernier ont plus encore insisté sur la contiguïté du contrat administratif et du contrat privé. Nous nous l'expliquons par le motif originel de cette théorie : elle fut destinée à introduire une distance avec le contrat du droit privé. Cependant, le contrat administratif n'a pas été conçu en contraste avec un référent privatiste *invariant*. Celui-ci évolua en se laissant pénétrer de certains aspects empruntés au droit public – ce que certains privatistes désignèrent par une publicisation du contrat. Penser la théorie des contrats administratifs n'est rien d'autre que de penser l'autonomie du droit administratif au point de vue du contrat dont la conception même est évolutive. Nonobstant les vices dont la théorie des contrats administratifs est chargée depuis ses origines ; au-delà du fait qu'elle contribue à étayer l'autonomie du droit administratif, sinon à la discuter, elle bénéficia, en outre, d'une consécration académique qui assure encore son

hégémonie. Les réformes de la licence en droit entreprises entre les années 1950 et 1960, la mobilisèrent pour organiser l'enseignement du droit administratif. De nos jours encore, si la théorie des contrats administratifs est de plus en plus critiquée ou bien contestée au profit d'une théorie des contrats publics, elle reste vissée au cœur de la pédagogie universitaire – en témoignent les ouvrages didactiques adressés aux étudiants. Les ressorts d'une telle théorie ne sont pas tant à situer dans sa faculté à saisir le droit positif, que dans les fonctionnalités qu'on lui prête. C'est-à-dire dans les usages doctrinaux et pédagogiques auxquels nous l'employons.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

601. La compréhension que nous avons de la théorie des contrats administratifs ne peut qu'être biaisée si nous l'appréhendons comme un joyau résultant d'un progrès séculaire du droit administratif. En procédant de l'imprévision et de la gestion privée, sa genèse fut déterminée par l'acculturation du contrat au droit administratif. Son originalité résulte d'une assimilation malaisée. Au cours de la Belle Époque, le contrat a été un biais par lequel les privatistes ont souligné l'identité du droit privé. En vis-à-vis, les publicistes l'ont marginalisé, soucieux qu'ils étaient d'affirmer l'autonomie du droit public tout en l'imposant comme une science proprement juridique. Si la locution « contrat administratif » s'employait couramment, elle le fut non pas tant pour désigner un contrat rigoureusement différent des contrats du droit privé, que pour contribuer à la définition d'un contentieux administratif dont les contours furent sans cesse débattus. Ce contrat ne fut jamais pensé indépendamment des critiques qui assaillirent la juridiction administrative – avec une virulence accrue à partir des années 1880. La doctrine administrative du second XIX^e siècle s'était habituée à le présenter comme une excroissance contentieuse indiquée par un héritage de l'histoire tout à fait anachronique. En promouvant le plein contentieux dans sa conception du contentieux administratif, Maurice HAURIOU fut isolé lorsqu'il se représenta les contrats administratifs comme résultant d'une attribution par nature. Des auteurs comme Léon DUGUIT et Gaston JÈZE furent rétifs, dans les toutes premières années du XX^e siècle, à les admettre comme tels. La distinction entre les actes d'autorité et de gestion conserva, pour la répartition des compétences juridictionnelles, une valeur cautionnée par nombre d'administrativistes. C'est en ce sens que les arrêts prétendument fondateurs d'une théorie des contrats administratifs, ont été réceptionnés par leurs contemporains – au diapason d'ailleurs avec les préoccupations des commissaires du gouvernement respectifs. Quoique pour certains en les critiquant, ils n'ont jamais été discutés autrement qu'à cette aune. Derrière les faux-semblants auxquels se prête la permanence des mots, nous avons souhaité expliciter les tenants et les aboutissants d'une théorisation des contrats administratifs qui n'a été entreprise qu'au cours de l'Entre-deux-guerres. À l'instar de Gaston JÈZE, certains auteurs furent enclins à recentrer le contrat dans le champ doctrinal du droit administratif, tout en se gardant d'exposer la doctrine administrative à une privatisation insidieuse. Cette théorisation renvoie à des mutations débordant le droit positif. Chacune des deux doctrines privatiste et publiciste les a accusées tout en conservant son autonomie – c'est-à-dire son identité. La publicisation des contrats n'est pas tant un reflet fidèle de l'évolution du droit positif, que la conjuration d'une angoisse vivement ressentie par une doctrine privatiste inquiète de voir son identité

subvertie. La théorisation des contrats administratifs correspond, par une certaine symétrie, à l'inclination de certains administrativistes à étendre le modèle de la concession de service public à d'autres hypothèses contractuelles (notamment les marchés de fournitures), c'est-à-dire à publiciser le contrat en assignant aux contrats administratifs un régime juridique spécifique qui les rendît autonomes du droit privé. Ce faisant, elle fut concomitante d'une privatisation tendancielle du droit administratif. Par le biais d'un concept générique, elle fut employée à rattacher au contentieux administratif des contrats disparates dont certains se situaient aux confins du droit privé. Le droit privé n'a cessé de polariser la théorie des contrats administratifs en y projetant son ombre. Cette tension originelle l'a toujours affectée, cependant qu'elle fut consacrée au point de vue académique par son assimilation aux canons de l'enseignement universitaire. Plus qu'une théorie propre à appréhender le droit positif, elle fut un biais par lequel la doctrine administrative a pensé son autonomie tout en s'appropriant le contrat ; elle fut encore une matrice fondamentale de l'enseignement universitaire du droit administratif, si bien qu'en participant de sa pédagogie, elle fait corps avec la représentation classique – sinon académique – que l'on s'en fait.

CONCLUSION GÉNÉRALE

602. Nous avons rapporté de quelle manière les contrats de l'administration ont été mis en discours. À cet égard, nous avons pris soin de souligner les préoccupations qui ont précipité les entreprises doctrinales pertinentes à notre sujet. Il s'est agi de convaincre que l'énonciation d'un discours doctrinal s'articule toujours à un propos qui en le suscitant, en conditionne les termes. Nous n'avons pas trouvé pertinent de nous poser la question : « *Comment les contrats administratifs ont-ils été défini depuis le XIX^e siècle ?* » ; mais plutôt celle-ci : « *À quelles occasions les administrativistes ont-ils traité des contrats de l'administration, et pour en dire quoi ?* ». Il ne s'est pas agi de supposer aux auteurs étudiés la résolution de tout dire des contrats de l'administration comme s'ils avaient souhaité livrer aux générations ultérieures un héritage doctrinal qui pût les éclairer. Nous avons pris la disposition inverse en considérant qu'ils ont écrit pour leurs contemporains. Prise au sérieux, cette banalité invite non pas tant à rechercher les omissions qu'ils auraient commises de notre point de vue, qu'à discerner leurs intentions propres. Quoique malaisées à interpréter, celles-ci nous ont paru déterminantes comprendre comment les contrats de l'administration ont été mis en discours. La théorie des contrats administratifs n'est qu'un de ces discours. Et comme nous y adhérons encore, nous pouvons avoir cette inclination à la considérer comme un aboutissement, au lieu de l'estimer comme une alternative dont le succès ne doit pas être interprété en termes d'excellence. Car sa genèse est contingente de l'Entre-deux-guerres. Ce n'est pas dire que certaines causes aient inexorablement conduit à sa formalisation. Seulement, confrontés aux évolutions contemporaines du droit administratif, les administrativistes ont modifié leur conception des contrats administratifs. La théorie des contrats administratifs n'est qu'une initiative en ce sens, concurrencée par la théorie de l'institution. La première a tendu à acculturer le contrat au droit administratif par le biais de la technique juridique ; la seconde, à dépasser le contrat pour l'assimiler à un *continuum* dont l'institution est le terme. Nous nous sommes avant tout préoccupé des diverses occasions où en étant agrégés – voire mobilisés – à un certain propos, les contrats de l'administration se sont vus conférer un sens donné. C'est pourquoi, d'ailleurs, nous avons divisé notre thèse en deux parties. La seconde a été développée dans le dessein de montrer que la théorie des contrats administratifs n'est pas une théorie prétorienne datée des premières années de 1900. Non seulement, le contrat administratif ne signifiait pas à cette époque ce que nous lui supposons. Plus encore, sa théorisation fut concomitante de l'Entre-deux-guerres (étayée, il est vrai, sur une réinterprétation historique de la jurisprudence antérieure). La première partie tend à démontrer que s'il n'y eut – au

cours du XIX^e siècle – aucune théorie des contrats administratifs analogues à celle de Gaston JÈZE, les contrats de l'administration n'en ont pas moins été saisis avec une intelligence indéniable. Pour en convaincre, nous nous sommes – notamment – attaché à souligner en quoi ils furent systématiquement attirés à une certaine représentation du droit administratif. Et qu'ainsi, en participant à la formalisation de ces diverses représentations, ils prirent un sens spécifique.

- 603.** Nous convenons sans ambages qu'il n'y a eu aucune « *science du droit des contrats administratifs* » au XIX^e siècle – pour reprendre les termes du professeur PLESSIX. Cependant, la démarche de ce dernier a spécialement été employée à dénoncer le biais auquel la théorie des contrats administratifs est aujourd'hui associée, par la réécriture historique dont elle fait l'objet par certains¹.

Une certaine partie de la doctrine publiciste française tente aujourd'hui de démontrer que la matière contractuelle est et a toujours été le lieu privilégié d'un droit commun civil et administratif. Pour y parvenir, les anti-autonomistes utilisent un procédé rhétorique fort astucieux : au terme d'une démarche de comparaison, ils mettent en avant de troublantes similitudes entre droit administratif et droit civil afin d'ébranler le dogme de l'autonomie du droit des contrats administratifs².

Ceux-là se seraient employés à étayer leur thèse en se représentant la doctrine de Gaston JÈZE comme une parenthèse historique au cours de laquelle celui-ci aurait outré une différence entre les contrats pour mieux consacrer l'autonomie du droit administratif. Si bien que celle-ci aujourd'hui fermement acquise, il ne serait plus nécessaire de sacrifier à de tels excès. Cela étant dit, nous n'adhérons pas pleinement à la démonstration du professeur PLESSIX. Il y affirme en substance que les publicistes du XIX^e siècle n'ont pu s'inspirer du droit civil comme référent, pour cette raison qu'ils n'ont jamais consacré une « *science du droit des contrats administratifs* » ; que l'appréhension du contrat administratif fut essentiellement contentieuse, donc spécifique au droit administratif ; qu'enfin, la théorie des contrats administratifs telle que Gaston JÈZE l'a formalisée, procède précisément de cette ambition d'entériner l'autonomie du droit administratif. S'agissant du troisième terme de sa démonstration, nous le suivons d'autant plus volontiers que nous avons montré que les civilistes, eux-mêmes, ont repoussé le contrat administratif comme un concept subversif de la théorie des contrats (privés). S'agissant du deuxième terme, nous sommes plus circonspect. Nous admettons tout à fait que la définition contentieuse du contrat administratif fut l'objet d'une préoccupation constante des publicistes. Cependant, les motivations de chacun furent diverses selon les époques considérées.

¹ PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 715 *sq.*

² *Ibid.*

Jusqu'à la théorisation des contrats administratifs dans l'Entre-deux-guerres, le contrat administratif n'a pas désigné un concept qui eût été dans l'attente d'être parfait, disponible pour être rapproché d'un régime juridique spécial qui lui donnât les atours d'une théorie. Nous-mêmes, nous nous sommes efforcé, pour cette période, de ne pas l'employer avec le terme « notion » ou « concept » afin de ne pas susciter d'équivoque. Il n'empêche que la locution « contrat administratif » fit l'objet de réflexions soutenues, souvent déployées dans un champ doctrinal déterminé par la juridiction et le contentieux administratifs. Enfin, s'agissant du premier terme, il constate l'absence au XIX^e siècle d'une « *science du droit des contrats administratifs* ». Ce faisant, sa démonstration occulte malencontreusement l'intérêt avec lequel les administrativistes de ce siècle s'en préoccupèrent. Il donne à voir une doctrine publiciste presque stérile, archoutée sur des méthodes surannées, dénuée de toute ambition doctrinale. Nous voyons que la démarche du professeur PLESSIX fut différente de la nôtre, puisqu'il a abordé ce sujet d'un point de vue bien déterminé. Les interrogations qui l'ont poussé à y consacrer des développements substantiels – et assez rares dans notre doctrine contemporaine³ –, ont confiné son appréciation dans un cadre peut-être trop étroit. Au demeurant, nous adhérons à la critique qu'il porte à l'adresse d'une historiographie biaisée qui affirme opportunément les liaisons naturelles entre contrat administratif et contrat privé. L'histoire est foncièrement libératrice ; si elle peut aider d'une quelconque manière, elle ne doit pas être employée à une démarche conservatrice, ni même – encore plus grave – à une démarche mystificatrice. À notre sens, le désintérêt avec laquelle les études historiques doivent être menées, doit obliger à ne pas convoquer l'histoire comme un référent qui fit autorité. Elle peut au contraire contribuer à briser – sinon à interroger par l'exercice du doute – les *a priori* sur lesquels nous nous appuyons pour étayer notre culture juridique. Le passé ne doit pas déterminer l'horizon vers lequel l'avenir se profile. Néanmoins l'examen du passé peut s'offrir à dépayser : à l'instar peut-être de la philosophie du droit et du droit comparé, l'histoire du droit aide à penser l'avenir en offrant des contre-champs.

- 604.** Historiciser la théorie des contrats administratifs, ce n'est pas tant la dévaluer en lui ôtant de sa superbe, que permettre d'en entreprendre une critique contemporaine. Plusieurs études ont été réalisées à cet égard, en développant cette idée qu'elle ne correspond plus tout à fait au droit positif en y étant parfois infidèle. Celles-ci sont bien entendu nécessaires – nous n'en disconvenons pas, bien au contraire.

³ Nous n'avons vu que les professeurs PLESSIX, TOUZEIL-DIVINA et KALFLÈCHE qui dans leurs thèses de doctorat, se sont souciés des contrats de l'administration (ou plus restrictivement des marchés publics) tels que la doctrine publiciste du XIX^e siècle en a rendu compte. Il faut encore y ajouter une thèse plus récente encore – celle de M. SARLANDIE DE LA ROBERTIE : *Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif (1789-1964)* (2012).

Seulement, la pertinence de cette théorie ne serait s'apprécier à ce seul point de vue. Nonobstant les apparences qu'a souhaité lui donner Gaston JÈZE en lui conférant une portée strictement positiviste, sa formalisation a été déterminée par une certaine représentation du droit administratif. La théorie de l'institution de Maurice HAURIOU en atteste : car il s'est évertué à saisir les évolutions contemporaines du droit administratif en les appréhendant à travers une autre représentation – d'où l'absence dans sa doctrine d'une théorie des contrats administratifs. Fut-il moins pertinent que son collègue parisien, Gaston JÈZE ? Ce serait une appréciation malheureuse. La théorie que promeut ce dernier – ainsi que nous nous en sommes justifié – a été motivée par le souci d'acculturer le contrat au droit administratif sans sacrifier à l'autonomie de la doctrine administrative. Autrement dit, cette théorie ne s'apprécie pas seulement d'après ce qu'on lui fait dire, mais encore suivant les desseins de ceux qui se sont pris à l'énoncer. En l'occurrence, elle ne cesse d'intéresser la doctrine administrative dans la formulation de son identité⁴. Certes, il n'est pas impossible qu'elle pût s'en passer. L'histoire doctrinale du droit administratif trouve des périodes lors desquelles le contrat y fut hétérogène – tel par exemple le second XIX^e siècle. Toutefois, nous doutons que nos contemporains puissent s'en départir comme s'il était question de substituer à un énoncé, un autre censé être plus adéquat au droit positif. La convergence soulignée par certains entre contrats administratifs et contrats privés, accompagne – en défaisant ce que la théorie des contrats administratifs a de performatif – une marginalisation du contrat qui se trouve repoussé aux confins du droit administratif. L'oblitération de ce que le contrat administratif a de plus singulier soulève incidemment la question de l'assimilation du contrat au droit public. Car si nous admettons volontiers que les rapports entre les doctrines publiciste et privatiste ne sont pas aujourd'hui ce qu'ils ont été dans le premier XX^e siècle, l'idée d'une théorie générale des contrats transversale de la *summa divisio* reste avant tout une représentation des publicistes à laquelle les privatistes font montre de peu d'intérêt. Elle projette au fond une certaine compréhension de l'autonomie du droit administratif dont le contrat n'est qu'une terminaison. Les contrats de l'administration n'ont jamais été saisis au travers d'une description neutre du droit positif. Les appréciations portées à leur égard ont toujours dénoté une certaine représentation du droit administratif à l'énonciation de laquelle ils ont été solidaires. Cela est particulièrement remarquable si l'on considère aujourd'hui l'inertie de l'enseignement universitaire qui, nonobstant les critiques adressées à la théorie des contrats administratifs depuis l'après-guerre, l'a toujours conservée comme un canon académique indispensable à la pédagogie du droit administratif. Conserver, critiquer ou subvertir aujourd'hui une telle théorie ne peut seulement consister à discuter du

⁴ *A pari* : PLESSIX Benoît, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », in *Revue de droit d'Assas* 2011, n° 4, p. 46.

droit positif. Il faut entendre ce qui est implicite à son adhésion et admettre qu'on ne remplace pas une telle théorie comme on le ferait d'une pierre usée, en conservant le reste de l'édifice. Elle a à voir avec la cohérence même du droit administratif, avec la didactique d'après laquelle nous l'enseignons, ainsi qu'avec ceux-là mêmes qui la discutent – en tant qu'elle intéresse la manière dont la doctrine administrative se pense elle-même⁵.

605. Le succès que rencontra le traité d'Édouard LAFERRIÈRE n'est pas sans rapport avec l'opportunité qu'il offrit à ses contemporains de s'y référer pour marquer l'originalité du droit administratif. Il y a eu, pour ces derniers, un enjeu à s'en revendiquer pour convaincre leurs lecteurs qu'ils s'inscrivaient au sein d'une doctrine portée à se singulariser vis-à-vis de son homologue privatiste. La qualité de l'auteur du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, le genre de cet ouvrage et sa thématique sont autant d'éléments qui nous paraissent avoir contribué à en faire un référent doctrinal dont les administrativistes se sont aidés pour conférer au droit administratif une identité spécifique, mise en exergue par un contraste accentué avec le droit administratif du second XIX^e siècle incarné par un DUCROCQ. Celle d'un droit républicain *moderne*, centré sur le contentieux administratif ; celle d'un droit jeune dont l'essor résonne avec la jurisprudence volontariste du Conseil d'État. Les ouvrages ne s'imposent que par la valeur que leur reconnaissent les contemporains. Cette appréciation qui ne nous paraît pas seulement reposer sur une impartialité scientifique, participe d'un exercice autour duquel s'élabore la conscience collective des administrativistes (surtout universitaires) de constituer une doctrine constituée et autonome. D'ailleurs, les praticiens s'y sont moins souvent référés, ou plutôt citent-ils plus abondamment des auteurs précédant Édouard LAFERRIÈRE. Il ne s'agit pas de déprécier ce dernier, mais de se montrer sensible à propos de ce à quoi la réception de son traité a été associée. Le traité de Gaston JÈZE sur les contrats administratifs nous semble avoir été attiré – toujours de manière diffuse – à des enjeux analogues. Dès les années 1930, il aide à imputer un ordre de réflexions en les personnifiant au travers d'un auteur et d'un ouvrage. En cela, il ne démerite pas de son titre de « *père de la théorie des contrats administratifs* » que lui décerna Georges VEDEL.

G. JÈZE demeure – et c'est peut-être son plus beau titre scientifique – le père de la théorie des contrats administratifs qu'il a à peu près tirée du néant⁶.

⁵ Cf. par exemple ces deux articles qui tous deux procèdent de réflexions embrassant dans le droit administratif dans son entier – celui de M. KIRAT « L'exorbitance du droit du contrat administratif : une perspective d'analyse économique » (in MELLERAY Fabrice (dir.), *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Poitiers, Université de Poitiers, 2004, p. 61) ; et celui du professeur DELVOLVÉ : « Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible ? » (in BONNET Baptiste & DEUMIER Pascale (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, 2010, p. 257).

⁶ VEDEL Georges, *Droit administratif*, Paris, P.U.F. 1958-1959 (1^{re} éd., 2 vol.), t. 2, p. 589.

Des auteurs comme Maurice HAURIOU, qui pourtant inclinent vers une doctrine différente de celle de Gaston JÈZE, n'hésitent pas à s'y référer pour situer leurs propos dans un champ doctrinal qui fût familier à tous. La thèse de Georges PÉQUIGNOT dont on ne saurait dire qu'elle suscita une large adhésion, n'en fut pas moins distinguée car elle offrit un contrepoint antinomique avec le traité de Gaston JÈZE. Ces deux auteurs ont borné l'horizon doctrinal : que l'on soit ou non en accord avec chacun d'eux, c'est souvent (sinon toujours) par leur intermédiaire que l'on donne la mesure de ses opinions. Nous avons fait une remarque analogue à propos de l'article de Victor de BROGLIE sur le Conseil d'État (1828), qui fut mobilisé par les libéraux tout du long du XIX^e siècle⁷. Pareillement, il fut employé à incarner une thèse – celle d'une critique libérale de la juridiction administrative – qui fut un des repères propres à baliser le champ doctrinal : se positionner à son égard, c'est situer ses opinions pour les rendre plus intelligibles. Cette organisation virtuelle de l'espace doctrinal ne résulte toujours que de la collectivité des auteurs, par l'effet d'une régulation informelle. Elle aide à se revendiquer d'une parenté, tel le président LAFERRIÈRE dont s'aident les universitaires – dans le premier XX^e siècle – pour formaliser une doctrine administrative relativement exclusive des praticiens et autonome des privatistes. Toutefois, désigner c'est viser ; c'est donc en orientant le regard, rendre moins discernables les discours qui se situent aux marges des référents canoniques. Nous pensons à cet égard à l'ouvrage d'André MOREL sur les marchés de fournitures (1918). Cet auteur a peu retenu l'attention de ses contemporains. Il n'est pas impossible que ses opinions aient été, en un certain sens, inintelligibles pour ses contemporains, car trop singulières. Elles sont tout à la fois archaïques et étrangeté modernes. En s'attachant à présenter le Conseil d'État (relativement au contentieux des marchés de fournitures) comme un juge et un administrateur, il spécifie ces contrats sous un point de vue qui fait écho avec les doctrines du XIX^e siècle. Celles-ci ont moins insisté sur la nature des marchés de fournitures, que sur leur solidarité intrinsèque avec l'action administrative. En même temps, ses propos nous paraissent familiers en évoquant des interrogations que d'aucuns soulèvent à propos des pouvoirs prétoriens du Conseil d'État⁸ – ce par quoi ils sont modernes. André MOREL n'expose pas moins le Conseil d'État sous un aspect irréductible aux thèses dont le traité d'Édouard LAFERRIÈRE reste emblématique. En envisageant la théorie de l'imprévision sous un aspect assez peu valorisé par ses contemporains, il se présente comme un iconoclaste, en parfait décalage avec le reste de la doctrine administrative qui préfère aborder la nature des contrats administratifs plutôt

⁷ Cf. le chapitre 2, titre IV, première partie, § 215.

⁸ Cf. par exemple du professeur TOUZEIL-DIVINA ces deux articles : « Maîtrise ou “masterisation” du temps et des effets contentieux » (*in* J.C.P. A. 2012, p. 2254) & « Progression de la répression disciplinaire du plagiat de la recherche : un plaidoyer contre le retour programmé du juge-administrateur » (*in* GUGLIELMI Gilles-J. & Koubi Geneviève (dir.), *Le plagiat de la recherche scientifique*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 163).

qu'évoquer la manière dont le Conseil d'État s'en saisit au contentieux. Cet exemple illustre la relativité qu'il y a entre la valeur – et dirions-nous l'originalité – d'un discours doctrinal et sa réception par les contemporains. La promotion de certains auteurs est édifiante, car ces derniers déterminent successivement un champ doctrinal au travers duquel les suivants ne peuvent s'en éloigner sans prendre le risque d'être occultés. En ce sens, la théorie des contrats administratifs de Gaston JÈZE, arquée sur un positivisme juridique assumé et rigoriste, nous semble devoir son succès autant à une approche qui se concilie les autorités doctrinales canoniques, qu'à une réception entreprise par des administrativistes également favorables au positivisme (nous pensons à cet égard à Marcel WALINE ou André de LAUBADÈRE). Entreprendre la critique de cette théorie suppose – à notre sens – de devoir restituer cette rugosité doctrinale pour faire voir un relief contrasté sur la surface duquel viennent se placer les opinions dissidentes, sinon divergentes.

- 606.** L'histoire doctrinale des contrats administratifs pourrait contribuer aux réflexions critiques dont la théorie contemporaine des contrats administratifs est l'objet (plus encore depuis le colloque qui s'est tenu à l'université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense en 2010, auquel nous faisons référence dans l'introduction à nos travaux). En examinant tout à la fois les déterminants doctrinaux autour desquels se sont organisées les mises en discours des contrats de l'administration au XIX^e siècle, ainsi que les vecteurs qui ont précipité certains à formaliser une théorie des contrats administratifs dans l'Entre-deux-guerres, nous espérons avoir dégagé les reliefs par lesquels la théorie – telle que nous l'admettons aujourd'hui – se donne à voir. Pour être un argument pertinent qu'il ne s'agit pas de minorer, l'étude positiviste du droit – avec les critiques qui s'ensuivent – ne nous paraît pas suffire. Nombre de ces travaux nous semblent occulter les préoccupations qui les suscitent. Nous ne supposons pas qu'une recherche doctrinale puisse n'être pas orientée par les traits de la personnalité de son auteur ; s'il refuse d'en faire l'aveu, peut-être alors n'en est-il pas conscient – ce qui encore plus problématique. En aidant à se représenter les divers enjeux sous-jacents à la théorie des contrats administratifs, notre étude historique s'est précisément essayée à nourrir un débat qui puisse assigner une plus grande part non pas à son opérationnalité, mais à ses fonctionnalités. Pourquoi souhaitons-nous la conserver, l'adapter, la subvertir ? En d'autres termes, à quoi souhaitons-nous l'employer – celle-ci comme toutes celles qui pourraient y être substituées ? Il nous paraît opportun de ne pas seulement constater les contradictions dont la théorie des contrats administratifs peut souffrir (une constatation n'est jamais fortuite derrière la neutralité qu'elle inspire au premier abord), mais encore de discuter de ce à quoi elle se prête. À cet égard, il nous semble qu'en étant pensé un peu trop systématiquement comme un contrat, le contrat administratif s'en retrouve négligé par quelques-uns de ses aspects. À force d'être attiré vers un concept unitaire du contrat dont il ne serait

que l'une des déclinaisons, le contrat administratif est présenté sous un biais qui en oriente la conception : il ne serait rien d'autre qu'un contrat. Avec ce que cela implique en mobilisant une théorie générale du contrat qui n'est en fait, pensons-nous, qu'une correspondance vers la théorie civile des obligations. Ce faisant, l'on insiste assez peu – ou trop peu – sur son objet. Que l'on le désigne par le mot « contrat » ou par un autre, il a cette spécificité de mobiliser des deniers publics⁹ ; il renvoie à une gestion qui de près ou de loin est susceptible d'intéresser les administrés – non seulement par les conséquences qui en résultent, mais encore par le comportement de l'administrateur qui en porte la responsabilité. Peut-être qu'au-delà d'une approche restrictivement cantonnée à l'acte contractuel, les contrats administratifs – voire les contrats de l'administration – pourraient se prêter à un biais qui permît de les inscrire dans les réflexions portées sur ce que l'on désigne parfois sous l'expression de « démocratie administrative »¹⁰, et qui s'efforcent de considérer l'individu autrement qu'à travers la passivité qu'implique sa qualité d'administré. C'est d'ailleurs en ce sens que Georges PÉQUIGNOT avait suggéré d'étendre aux contrats administratifs le recours pour excès de pouvoir, en considération du fait qu'ils ne cessaient de poursuivre l'action administrative – quoique par d'autres moyens que la voie unilatérale.

607. Le professeur HÉPFFNER s'est prononcée sur l'influence délétère que le droit de la concurrence risque de faire sentir sur le droit des contrats administratifs. Elle estimait à cet égard que celui-là « *fait craindre l'annihilation de la mutabilité du contrat administratif pourtant justifiée par la mutabilité du service public et de l'intérêt général* »¹¹. À ce point que « *le développement d'une telle idéologie concurrentielle risque, à terme, d'avoir un impact important sur la théorie générale du contrat administratif* »¹². Pourtant, c'est dans le sillage de cette influence que M. AMILHAT a récemment proposé de réorganiser les contrats de l'administration autour d'un droit autonome des contrats publics qui tout en reléguant la théorie générale du contrat administratif au musée des antiquités, assimilerait quelques-uns de ses principes afférents à l'exécution des contrats¹³. L'ordonnance du 29 janvier 2016 – prise en transposition de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 – vient étayer cette option en renforçant l'identité des notions française et européenne de la concession, ce dans le creuset d'un droit de

⁹ Cf. à cet égard cet article du professeur NGUYEN QUOC : « L'argent public et le droit des contrats. Essai sur l'unité du droit des contrats face à l'argent public » (*in* [collectif], *Mélanges en hommage à Roland DRAGO : l'unité du Droit*, Paris, Economica, 1996, p. 293).

¹⁰ Un ouvrage édité à La Documentation française a par exemple été récemment publié : *La démocratie administrative* (2011).

¹¹ HÉPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, Paris, L.G.D.J., 2009 (thèse de doctorat, université Panthéon-Assas), p. 516.

¹² *Id.*, p. 517.

¹³ AMILHAT Mathias, *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014 (thèse de doctorat, université Toulouse 1 Capitole), p. 457 *sq.*

la commande publique¹⁴. Les efforts déployés par d'aucuns pour ajuster les droits français et européens, nous paraissent réagir à une complexité que la doctrine administrative s'essaye justement à maîtriser¹⁵. Les propositions doctrinales avancées par M. AMILHAT sont, en ce sens, stimulantes. Très certainement, le droit des contrats administratifs ne saurait demeurer en l'état. Marquée par les conditions de sa genèse, la théorie des contrats administratifs est bousculée par l'influence du droit de l'Union européenne. Qu'il soit question de l'adapter ou bien de lui substituer une théorie des contrats publics à déterminer, ces alternatives ne sauraient être pensées uniquement qu'à travers le prisme de l'eupéanisation. Pour être l'un des vecteurs essentiels des mutations que le droit des contrats administratifs connaît aujourd'hui, il serait regrettable d'occulter d'autres évolutions tout aussi contemporaines. Nous pensons tout spécialement à la manière dont les contrats administratifs permettent d'interroger la rationalité gestionnaire de l'administration. Assurément, il ne s'agit pas d'un aspect radicalement nouveau, puisque nous avons démontré que les administrativistes du XIX^e siècle – au moins certains d'entre eux – s'y sont montrés sensibles. Cela étant, cette problématique pourrait se présenter sous un aspect vivifiant en étant rapprochée de réflexions qui tendent à reconsidérer la place du citoyen à l'égard de l'administration¹⁶. Le contrat administratif – ou bien le contrat public – n'est toujours d'un mode de gestion à propos duquel les préoccupations s'appliquent non seulement aux relations contractuelles, mais aussi à la manière dont l'administration satisfait son office. Peut-être nos travaux n'auront-ils pas été inutiles s'ils pouvaient souligner cet aspect. Le législateur de la Monarchie de Juillet ne s'est pas seulement soucié de la passation des marchés pour des considérations économiques ; il fut soucieux, en outre, de moraliser la gestion administrative. Peut-être la théorie des contrats administratifs pourrait-elle se (re)déployer suivant une perspective qui assimilerait plus facilement ces enjeux contemporains au droit administratif. Lesquels ne sont pas seulement celui de satisfaire un besoin qualifié d'intérêt général, mais celui encore de le satisfaire suivant des exigences tirées d'une « bonne administration ». La légitimité de l'administration ne tient plus uniquement aux missions qu'elle se donne, mais aussi à la manière dont elle s'y prend pour les remplir.

¹⁴ Cf. notamment : BRENET François, « Les nouvelles bases du droit des concessions », in *A.J.D.A.* 2016, p. 992 (avec deux autres articles des professeurs LICHÈRE (p. 1000) et NOGUELLOU (p. 1008)). *Comp.* BRENET François, « Les nouvelles bases du droit des marchés publics », in *A.J.D.A.* 2015, p. 1783 (écrit à la suite de l'ordonnance du 23 juillet 2015) (avec deux autres articles des professeurs NOGUELLOU (p. 1789) et BRACONNIER (p. 1795)).

¹⁵ Cf. à ce propos : BURDEAU François, « La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ? », in [collectif], *Clés pour le siècle : droit et science politique, information et communication, sciences économiques et gestion*, Paris, Dalloz, 2000, p. 417.

¹⁶ *Comp.* WEBER Yves, « Les acteurs des contrats de l'administration », in [collectif], *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave PEISER. – Droit public*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 521. Dans cet article, l'auteur envisage uniquement les protagonistes juridiquement liés au contrat.

TABLES DE LA BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie n'a pas été conçue pour indiquer au lecteur toutes les sources auxquelles notre démonstration a puisé. Si tel avait été le cas, elle aurait pris des dimensions qui l'eussent rendue inutilisable en rapprochant une masse de références d'inégale importance.

La bibliographie a été pensée pour servir à ceux qui entreprendraient des travaux dans notre champ de recherche. C'est pourquoi n'y sont répertoriées que les références qui intéressent les contrats de l'administration et – plus largement – celles qui nous ont paru essentielles à notre démonstration.

La bibliographie est composée de quatre chapitres. Les deux premiers organisent des rubriques thématiques, réparties selon les deux parties de notre thèse auxquelles elles ressortissent respectivement. Sont répertoriées, dans troisième chapitre, les références communes aux deux parties et, dans un quatrième, les sources contemporaines.

En outre, nous avons choisi d'exposer les références bibliographiques selon un ordre chronologique plutôt qu'alphabétique. Cette résolution nous a paru en cohérence avec la nature de notre travail. Celui-ci s'efforce à replacer les auteurs insignes auprès de leurs contemporains. Car il a moins été question – dans notre travail – de cumuler les opinions des premiers à propos des contrats de l'administration, que de les interpréter à l'aune de préoccupations qui n'ont jamais été tout à fait personnelles aux auteurs considérés. En optant pour une disposition thématique et un ordre chronologique, notre intention a été celle de rendre compte de la densité historique sans laquelle les références ne nous paraissent devoir être qu'une galerie de portraits inégalement exposés. L'ordre chronologique permet de rapprocher les auteurs moins connus de ceux qui nous sont plus familiers, de sorte que les seconds jettent une lumière sur les premiers – trop souvent cantonnés dans la pénombre. Les auteurs insignes se présentent au lecteur comme un fil d'Ariane susceptible de l'aider pour situer les autres auteurs.

Du reste, la version électronique de cette thèse permettra au lecteur de retrouver aisément les références bibliographiques d'un auteur donné.

L'ordre chronologique est organisé suivant la date d'édition des ouvrages (de l'édition *princeps* s'il y en a plusieurs), ou suivant la date de parution des articles.

Afin de faciliter la compulsation de la bibliographie, les références indiquent ni le lieu d'édition, ni l'éditeur. Ces informations sont mentionnées dans le corps de la thèse à l'occasion des citations qui s'y rapportent.

1. – Sources employées dans la première partie (1800-1890)

Notre typologie qui distingue entre : 1° la littérature compilatrice ; 2° la littérature universitaire de vulgarisation ; 3° la littérature praticienne de divulgation ; et 4° la littérature savante de systématisation, est explicitée dans le titre III de la première partie de notre thèse (*cf.* le tableau synoptique, p. 156-157).

1.1. – Littérature compilatrice	885
1.2. – Littérature universitaire de vulgarisation	886
1.3. – Littérature praticienne de divulgation	
1.3.1. – Dictionnaires	886
1.3.2. – Répertoires	887
1.3.3. – Recueils	888
1.4. – Littérature savante de systématisation	
1.4.1. – Ouvrages généraux. – Droit administratif	889
1.4.2. – Ouvrages spécialisés. – Contrats et marchés	889
1.4.3. – Ouvrages spécialisés. – Domaine et travaux publics et administration économique	889
1.4.4. – Ouvrages spécialisés. – Juridiction et contentieux administratifs	890
1.5. – Littérature polémique relative au Conseil d'État (1818-1845)	891
1.6. – Articles. – Contrats & marchés de l'administration	892
1.7. – Articles. – Conseil d'État & juridiction administrative	892
1.8. – Divers. – Spécialement sur l'enseignement du droit administratif	893

2. – Sources employées dans la seconde partie (1890-1960)

2.1. – Littérature administrative. – Traités généraux	895
2.2. – Littérature administrative. – Manuels universitaires	895
2.3. – Littérature sur les contrats & marchés de l'administration	896
2.4. – Littérature civiliste. – Droit des obligations	896
Entre crochets sont indiqués les volumes relatifs aux obligations contractuelles	
2.5. – Littérature essayiste sur les dynamiques du Droit	897
2.6. – Thèses de doctorat (1890-1970)	
Entre parenthèses sont indiquées les villes universitaires où chacune des thèses ont été soutenues	
2.6.1. – Réformes sur la juridiction administrative (1890-1914) (<i>chapitre 1, titre I</i>)	898
2.6.2. – Marchés de fournitures et de travaux publics (1890-1914) (<i>chapitre 1, titre II</i>)	898
2.6.3. – Concessions de travaux et de services publics (1890-1950) (<i>chapitre 2 et 3, titre II & chapitre 2, titre IV</i>)	899
2.6.4. – À propos des stipulations pour autrui et des contrats d'utilité publique (1890-1910) (<i>chapitre 2, titre II</i>)	900
2.6.5. – Autour de la doctrine de l'autonomie de la volonté, et spécialement sur les contrats d'adhésion (1890-1914) (<i>chapitre 2, titre III</i>)	900
2.6.6. – Théories de l'imprévision et de la force majeure (1918-1940) (<i>chapitre 1, titre IV</i>)	901
2.6.7. – À propos des mutations du contrat en droit privé (1914-1940) (<i>chapitre 1, titre IV</i>)	901
2.6.8. – Contrats administratifs et compétence administrative (1920-1940) (<i>chapitre 2, titre IV</i>)	902
2.6.9. – Thèses diverses autour des contrats administratifs (1920-1970) (<i>chapitre 3, titre IV</i>)	902
2.7. – Articles. – Contrats & marchés de l'administration (1890-1970)	903
2.8. – Articles. – Mutations des droits public et privé, spécialement à propos des contrats (1900-1945)	907
2.9. – Articles. – Réformes relatives au Conseil d'État (1890-1940)	909

3. – Sources employées dans les deux parties

3.1. – Littérature camérale	911
--	------------

3.2. – Littérature périodique	912
--	------------

Nous avons seulement indiqué les revues systématiquement dépouillées.
Ainsi ont-elles été négligées celles qui n'ont été que ponctuellement sollicitées.

4. – Sources contemporaines sur notre sujet

4.1. – Ouvrages sur l'histoire du droit administratif et de l'administration	914
---	------------

4.2. – Ouvrages sur les contrats et marchés administratifs	914
---	------------

4.3. – Thèses de doctorat	915
--	------------

4.4. – Articles. – Sur des aspects touchant à l'histoire (doctrinale) des contrats administratifs	915
--	------------

4.5. – Articles. – Sur des approches critiques du concept de contrat administratif et de sa théorie (depuis 1960)	916
--	------------

BIBLIOGRAPHIE

1. – Sources employées dans la première partie (1800-1890)

1.1. – Littérature compilatrice

FLEURIGEON, *Manuel administratif...*, an IX (3 vol.) (3 éditions ultérieures sous le titre : *Code administratif*)

LOCRE (de Roissy) Jean-Guillaume, *La législation française ou Recueil des lois, des règlements d'administration et des arrêtés généraux basés sur la Constitution...*, an IX

SIMON Mathias, *Manuel des conseils de préfecture...*, 1810-1812 (3 vol.)

JOURDAIN Yves-Claude, *Code de compétence des autorités constituées de l'empire français...*, 1811 (3 vol.)

RONDONNEAU Louis, *Collection des lois françaises constitutionnelles, administratives, judiciaires, commerciales, militaires et religieuses actuellement en vigueur dans l'Empire...*, 1811 (6 vol.)

LALOUETTE Claude-Joseph, *Éléments de l'administration pratique*, 1812 (une seconde édition (1817) sous le titre : *Classification des lois administratives...*)

RONDONNEAU Louis, *Collection générale des lois, décrets, arrêtés, sénatus-consultes, avis du Conseil d'État et réglemens d'administration, publiés depuis 1789 jusqu'au 1^{er} avril 1814...*, 1817-1820 (28 vol.)

DESENNE Jean, *Code général français contenant les lois et actes du gouvernement publiés depuis l'ouverture des États-Généraux au 5 mai 1789 jusqu'au 8 juillet 1815...*, 1818-1825 (22 vol.)

DUPIN André, *Lois concernant l'organisation judiciaire...*, 1819 (2 vol.)

DUPIN André, *Lois des communes...*, 1823 (2 vol.)

RONDONNEAU Louis, *Les lois administratives et municipales de la France...*, 1823-1833 (6 vol.)

DUVERGIER Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil d'État...*, 1824 (à partir de)

DUPIN André (aîné), *Lois sur la compétence des fonctionnaires publics de toutes hiérarchies...*, 1825 (4 vol.)

LÉPINOIS Ernest (de), *Code administratif, ou recueil des lois, décrets et ordonnances, sur l'administration communale et départementale...*, 1825

GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, Paris, Nêve, 1829-1830 (4 vol.) (2 éd.)

BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Droit public et administratif français...*, 1831-1840 (4 vol.)

BLANCHET S.-A., *Code administratif, ou recueil méthodique des lois et ordonnances, actuellement en vigueur, sur l'administration et le contentieux*, 1839 (2 éd.)

CHAUVEAU Adolphe, *Code d'instruction administrative, ou Lois de la procédure administrative...*, 1848 (6 éd.)

COTELLE Toussaint-Ange, *Code des travaux publics, recueil général des lois, ordonnances et règlements...*, 1848 (inachevé)

SOLON Victor-Hyppolite, *Code administratif annoté*, 1848

BATBIE Anselme-Polycarpe & **VUATRIN** Édouard-Auguste, *Lois administratives françaises...*, 1876-1882 (2 vol.)

1.2. – Littérature universitaire de vulgarisation

- [BOULATIGNIER Joseph-Sébastien], *Manuel de droit administratif*, 1831 (date de la première édition inconnue)
- GANDILLOT** René, *Abrégé du droit administratif...*, 1833
- DEGOUY** L.-J.-Horace, *Examen sur le droit administratif...*, 1834
- GANDILLOT** René & **BOILEUX** Jacques-Marie, *Manuel de droit administratif contenant les matières de l'examen*, 1839
- PEZZANI** André, *Manuel de droit administratif...*, 1839
- FOUCART** Émile-Victor-Masséna, *Précis de droit public et administratif...*, 1844
- Anonyme, *Résumé de droit administratif d'après le programme du cours de M. MACAREL, conseiller d'état*, 1846
- GOUGEON** Charles, *Cours de droit administratif*, 1847
- PRADIER-FODÉRE** Paul, *Précis de droit administratif*, 1853 (7 éd.)
- CABANTOUS** Louis-Pierre-François, *Répétitions écrites sur le droit administratif...*, 1854 (6 éd.)
- VAUVILLIERS** Émile, *Manuel de droit administratif...*, 1854 (2 éd.)
- CHANTAGREL** Jean, *Droit administratif théorique et pratique*, 1858 (2 éd.)
- CHANTAGREL** Jean, *Droit administratif, questionnaire, résumé et supplément*, 1859
- BATBIE** Anselme-Polycarpe, *Précis de droit public et administratif*, 1860 (première édition insérée dans le *Cours de droit public et administratif* de Firmin LAFERRIÈRE (5^e éd., t. 2 (1860), p. 623)) (4 éd.)
- BŒUF** François, *Résumé de répétitions écrites sur le droit administratif...*, 1866 (jusqu'à dix-neuf éditions)
- AUMONT** A., *Manuel de droit administratif à l'usage des étudiants*, 1868
- PELLOT** Alexandre, *Leçons manuscrites de droit public et administratif...*, 1869
- DELOYNES** Paul, *Précis de droit administratif, conforme au programme officiel...*, 1872
- GAUTIER** Alfred, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, 1879
- MARIN** Fernand, *Manuel du cours de droit administratif...*, 1879
- GAUTIER** Alfred, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*, 1880
- DIEUDONNÉ** Alfred, *Manuel de droit administratif...*, 1883
- VAQUETTE** Théodule & **LE BALLEUR** A., *Cours résumé de droit administratif*, 1884
- COLIN** Maurice, *Cours élémentaire de droit administratif...*, 1890
- MARIE** Jean-François, *Éléments de droit administratif à l'usage des étudiants des facultés de droit*, 1890

1.3. – Littérature praticienne de divulgation

1.3.1. – Dictionnaires

- [**DESORMEAUX** C.-P.], *Dictionnaire raisonné des matières de législation civile, criminelle, de finance et administrative*, 1802-1806 (10 vol.)
- AGAR** C.-H. (d'), *Le nouveau Ferrière, ou Dictionnaire de droit et de pratique, civil, commercial, criminel et judiciaire...*, 1804-1805 (3 vol.)
- BOURBON-BUSSET** Gabriel (dit **LEBLANC**) (de), *Dictionnaire universel du droit civil français*, 1804 (inachevé)

- MONTAINVILLE** F.-Jean, *Dictionnaire de jurisprudence de la Cour de cassation...*, 1805-1807 (5 vol.)
- LOISEAU** Jean-Simon, *Dictionnaire des arrêts modernes, ou Répertoire analytique, sommaire et critique de la nouvelle jurisprudence française civile et commerciale*, 1809 (2 vol.) (2 éd.)
- RONDONNEAU** Louis, *Vocabulaire classique des étudiants en droit*, 1821
- RONDONNEAU** Louis, *Vocabulaire classique de la science du droit*, 1823
- BOULET** Jean-Baptiste-Étienne, *Ferrière moderne, ou Nouveau dictionnaire des termes de droit et de pratique*, 1824 (2 vol.)
- BOITARD** Claude (aîné), *Dictionnaire portatif de droit français, ou Répertoire de jurisprudence...*, 1825
- CRIVELLI** Joseph-Louis, *Dictionnaire du droit civil, commercial, criminel et de procédure civile et criminelle...*, 1825
- PAILLET** Jean-Baptiste-Joseph (dir.), *Dictionnaire universel de droit français...*, 1825-1827 (5 vol., inachevé)
- RONDONNEAU** Louis, *Manuel du praticien, ou traité de la science du droit...*, suivi d'un dictionnaire administratif abrégé, 1833
- CHABROL-CHAMÉANE** Ernest (de), *Dictionnaire de législation usuelle contenant les notions du droit civil, commercial, criminel et administratif...*, 1835 (2 vol.) (5 éd.)
- TARBÉ DE VAUXCLAIRS** Jean-Bernard, *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes, considérés dans leurs rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence*, 1835
- DALLOZ** Armand (dir.), *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence, en matière civile, commerciale et criminelle, administrative et de droit public*, 1835-1841 (5 vol.) (2 éd.)
- LE RAT DE MAGNITOT** Albin & **HUARD-DELAMARRE** Ambroise, *Dictionnaire de droit public et administratif*, 1836-1837 (2 vol.) (2 éd.)
- SÉBIRE** François-Auguste & **CARTERET** (dir.), *Encyclopédie du droit, ou répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale...*, 1836-1846 (7 vol., inachevé)
- LAFFON DE LADÉBAT** Émile, *Recueil des principes du droit administratif et du droit public qui se rattachent à l'administration*, 1842
- BOUSQUET** Joseph-Claude-François, *Nouveau dictionnaire de droit, résumé général de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence dans toutes les matières*, 1843-1844 (2 vol.)
- BLANCHE** Alfred-Pierre (dir.), *Dictionnaire général d'administration contenant la définition de tous les mots de la langue administrative...*, 1846-1856 (plusieurs éditions)
- DELBREIL** Frédéric, *Dictionnaire de droit, ou Résumé de la législation et de la jurisprudence française mis à la portée de tout le monde...*, 1849
- DUVERGER** Alexandre, *Dictionnaire national de droit français en matière civile, commerciale, administrative et politique...*, 1849 (2 éd.)
- BLOCK** Maurice (dir.), *Dictionnaire de l'administration française*, 1856 (plusieurs éditions)

1.3.2. – Répertoires

- MERLIN** (dit de DOUAI) Philippe-Antoine, *Recueil alphabétique des questions de droit...*, 1803-1810 (13 vol.) (4 éd.)
- MERLIN** (dit de DOUAI) Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, 1807-1809 (13 vol.) (3 éd.)
- MACAREL** Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative*, 1818 (2 vol.)
- SIREY** Jean-Baptiste & **NASSON** P.-J., *Décisions sommaires du Conseil d'État en matière contentieuse, avant et depuis la Charte*, 1818
- SIREY** Jean-Baptiste, *Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1806...*, 1818-1825 (5 vol.)

[SIREY Jean-Baptiste], *Questions de droit administratif... pour servir à la formation d'un « Cours de droit administratif »*, 1819 (inachevé)

LEFLO & TOLLUIRE, *Nouvelle classification de la jurisprudence française, ou lexicque raisonné des principes du droit public, du droit civil, du droit criminel, et du droit commercial...*, 1820 (inachevé)

CORMENIN Louis-Marie (de), *Questions de droit administratif*, 1822 (2 vol.) (5 éd., la dernière sous le titre : *Droit administratif*)

FAVARD DE LANGLADE Guillaume-Jean, *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative...*, 1823-1824 (5 vol.)

PETIT DES ROCHETTES Édouard, *Esprit de la jurisprudence inédite du Conseil d'État sous le Consulat et l'Empire, en matière d'émigration, de déportation, de remboursements, de domaines nationaux, etc.*, 1827 (2 vol.)

DALLOZ Désiré (aîné), *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle...*, 1824-1830 (12 vol.) (à partir du t. 6 (1829), s'y ajoute le sous-titre suivant : *Répertoire méthodique de la législation et de la jurisprudence modernes en matière civile, commerciale, criminelle, administrative, et de droit public*) (2 éd.)

CHEVALIER Théodore, *Jurisprudence administrative*, 1836 (2 vol.), suivi d'un *Annuaire de la jurisprudence administrative, 1836-1837* (1838)

GRÜN Alphonse, *Éléments du droit français, ou Analyse raisonnée de la législation politique, administrative, civile, commerciale et criminelle de la France*, 1838

LEMARQUIÈRE C.-A., *Droit, procédure et jurisprudence administratifs*, 1839

VUILLEFROY Charles-Amédée & MONNIER Léon, *Principes d'administration extraits des avis du Conseil d'État...*, 1837

SOLON Victor-Hyppolite, *Répertoire des juridictions civile, commerciale et administrative, ou règles générales sur la compétence*, 1842-1844 (4 vol.)

DUFOUR Gabriel-Michel, *Traité général de droit administratif appliqué...*, 1843-1845 (4 vol.) (3 éd.)

LEDRU-ROLLIN Alexandre (dir.), *Journal du Palais. Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845, l'histoire du droit, la législation et la doctrine des auteurs*, 1845-1857 (15 vol.)

FAVERIE L.-J., *Législation et jurisprudence françaises*, 1846

SERRIGNY Denis, *Questions et traités de droit administratif*, 1854

BÉQUET Léon (dir.), *Répertoire du droit administratif*, 1882-1911 (28 vol.)

FUZIER-HERMAN Édouard, *Répertoire général alphabétique du droit français...*, 1886-1924 (35 vol.)

RIVIÈRE Hippolyte-Ferréol (dir.), *Pandectes françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, 1886-1909 (62 vol.)

LABORI Fernand (dir.), *Gazette du Palais. Répertoire encyclopédique du droit français*, 1889-1896 (12 vol.)

1.3.3. – Recueils

SIREY Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, environ 1808-1809 – 1843 (43 vol.) (continué par DEVILLENEUVE & CARETTE)

ISAMBERT François-André, *Recueil complet des lois et ordonnances du royaume à partir du 1^{er} avril 1814...*, 1820-1828 (14 vol.)

AUVILLIERS (d') & PATRIS F.-F., *Journal du Palais. Décisions du Conseil d'État et ordonnances du Roi, en matière de compétence administrative et judiciaire*, 1821-1834 (4 vol.)

MACAREL Louis-Antoine, *Recueil des arrêts du Conseil, ou ordonnances royales, rendues en Conseil d'État, sur toutes les matières du contentieux de l'administration*, 1821-1830 (1^{re} série) (12

vol.) (2^e série à partir de 1831, continue jusqu'à nos jours)

LEDRU-ROLLIN Alexandre (dir.), *Journal du Palais, jurisprudence administrative*, 1842-1889 (19 vol.)

DEVILLENEUVE L.-M. & **CARETTE** A.-A., *Recueil général des lois et des arrêts, avec notes et commentaire, présentant sur chaque question le résumé de la jurisprudence et la doctrine des auteurs...*, 1840-1843 (10 vol. ; 1^{re} série, 1791-1830) (initié par SIREY)

DEVILLENEUVE L.-M. & **CARETTE** A.-A., *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public...*, 1844-1950 (2^e série) (initié par SIREY)

COTELLE Toussaint-Angé & **CHATIGNIER** Louis, *Journal du contentieux administratif et judiciaire des travaux publics...*, 1849 (inachevé)

DELVINCOURT Edmond, *Jurisprudence du Conseil d'État en matière de travaux publics...*, 1852 (inachevé)

1.4. – Littérature savante de systématisation

1.4.1. – Ouvrages généraux. – Droit public et administratif

PORTIEZ (de l'Oise) Louis-François, *Cours de législation administrative...*, 1808 (2 vol.)

BONIN Charles-Jean-Baptiste, *Principes d'administration publique*, 1812 (3^e éd., 3 vol.)

FOUCART Émile-Victor-Masséna, *Éléments de droit public administratif, ou Exposé méthodique des principes du droit public positif...*, 1834-1835 (2 vol.) (4 éd.)

LAFERRIÈRE Louis-Firmin, *Cours de droit public et administratif*, 1839 (5 éd.)

TROLLEY Alfred, *Cours de droit administratif*, 1844-1854 (5 vol., inachevé)

MACAREL Louis-Antoine, *Cours droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 1844-1846 (4 vol.) (2 éd.)

BATBIE Anselme-Polycarpe, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif...*, 1861-1868 (7 vol.) (2 éd.)

BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, 1862

DUCROCQ Gabriel-Auguste-Théophile, *Cours de droit administratif...*, 1862 (7 éd.)

SIMONET Jean-Baptiste, *Traité élémentaire de droit public et administratif...*, 1885 (4 éd.)

1.4.2. – Ouvrages spécialisés – Contrats et marchés

PÉRIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, 1876

GAUTIER Alfred & **JOUE** Elzéar-Elie, *Traité pratique du marché de travaux publics*, 1881

PERRIQUET Eugène, *Les contrats de l'État...*, 1884 (2 éd.)

DOUSSAUD Alfred, *Des imprévus dans les entreprises de travaux publics*, 1887

1.4.3. – Ouvrages spécialisés. – Domaine et travaux publics, administration économique

- PROUDHON** Jean-Baptiste-Victor, *Traité du domaine public...*, 1833-1834 (5 vol.) (2 éd.)
- COTELLE** Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics...*, 1835 (2 vol.) (3 éd.)
- BOULATIGNIER** Joseph-Sébastien & **MACAREL** Louis-Antoine, *De la fortune publique et de son administration*, 1838-1840 (3 vol., inachevé)
- HUSSON** Armand, *Traité de la législation des travaux publics et de la voirie en France*, 1841 (2 vol.) (2 éd.)
- CHRISTOPHLE** Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics...*, 1862 (2 vol.) (2 éd.)
- GAUDRY** Joachim-Antoine-Joseph, *Traité du domaine public...*, 1862 (3 vol.)
- AUCOC** Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école impériale des ponts et chaussées*, 1869-1876 (3 vol.) (3 éd.)
- PERRIQUET** Eugène, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, 1883 (2 vol.)
- LECHALAS** Georges, *Manuel de droit administratif, services des ponts et chaussées et des chemins vicinaux*, 1889-1898 (3 vol.)
- BAUNY de RÉCY** René, *Traité du domaine public*, 1893 (2 vol.) (2 éd.)
- COLSON** Clément, *Abrégé de la législation des chemins de fer et tramways*, 1901 (2 éd.)
- CUËNOT** Henry & **PORÉE** Henri, *Des entreprises de travaux publics soumises aux clauses et conditions générales des ponts et chaussées*, 1901
- ENOÛ** Louis, *Traité théorique et pratique de droit administratif. Les travaux publics*, 1903 (publication posthume assurée par **PICARD & VEUILLET**)

1.4.4 – Ouvrages spécialisés. – Juridiction et contentieux administratifs

- HENRION DE PANSEY** Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire*, 1810 (3 éd.)
- LOCRE** (de Roissy) Jean-Guillaume, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caractère de ses actes*, 1810
- GUICHARD** Auguste-Charles, *Notice sur le Conseil d'État, et spécialement sur ses attributions, et la forme d'y procéder en matière contentieuse*, 1815
- JUGE** Jean-Baptiste-Joseph, *Jurisprudence administrative. Règles de compétence et réflexions importantes sur les principes relatifs aux conflits d'attributions entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative*, 1826
- MACAREL** Louis-Antoine, *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative...*, 1828
- CHAUVEAU** Adolphe, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, 1841-1844 (3 vol.)
- SERRIGNY** Denis, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, 1842 (2 vol.) (2 éd.)
- REGNAULT** Amable, *Histoire du Conseil d'État depuis son origine jusqu'à ce jour*, 1851
- DARESTE** (de LA CHAVANNE) Rodolphe, *La justice administrative en France, ou Traité du contentieux de l'administration*, 1862 (2 éd.)
- DUCROCQ** Gabriel-Auguste-Théophile, *Le Conseil d'État et son histoire*, 1867
- POITOU** Eugène, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, 1869
- AUCOC** Léon, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel ; étude historique et bibliographique*, 1876

FUZIER-HERMAN Édouard, *La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, 1880

SAINT-GIRONS Antoine, *Essai sur la séparation des pouvoirs : dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, 1881

ROZY Henry, *Études de droit constitutionnel et administratif. Des divisions du pouvoir (séparation des pouvoirs)*, 1881

LAFERRIÈRE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1887-1888 (2 vol.) (2 éd.)

BÉQUET Léon, *Le Conseil d'État : organisation, fonctionnement*, 1891 (extrait du *Répertoire de droit administratif*)

BRÉMOND Jules, *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*, 1894 (extrait du *Répertoire de droit administratif*)

MARIE Léon, *Le droit positif et la juridiction administrative (Conseil d'État et conseils de préfecture), étude critique de législation et de jurisprudence*, 1903 (2 vol.)

1.5. – Littérature polémique relative au Conseil d'État (1818-1845)

MARTINEAU Louis-Simon (dit Martineau de Villeneuve), *Idées sur l'organisation du Conseil d'État*, 1806

HOCHET Claude, *Du Conseil d'État tel qu'il existait sous Napoléon BONAPARTE, de la commission du contentieux, du Conseil d'État tel qu'il doit être sous le gouvernement du Roi*, [1814-1815]

LANJUINAIS Jean-Denis, *Du Conseil d'État et de sa compétence sur les droits politiques des citoyens, ou Examen de l'article 6 de la loi sur les élections du 5 février 1817*, 1817

[**CORMENIN** Louis-Marie (de)], *Du Conseil d'État, envisagé comme conseil et comme juridiction sous la monarchie constitutionnelle*, 1818

[**DELAMALLE** Gaspard-Gilbert], *Du jugement du contentieux de l'administration par le roi, en son Conseil d'État, en réponse à l'écrit intitulé : Du Conseil d'État envisagé comme Conseil et comme juridiction sous notre Monarchie constitutionnelle* », 1818

SIREY Jean-Baptiste, *Du Conseil d'État selon la charte constitutionnelle, ou Notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, 1818

GILBERT DE VOISINS Pierre-Paul, *Des empiètements du conseil d'État sur les tribunaux, et de la proposition de M. JANKOWITZ*, 1824

MONGALVY Sylvain-Charles-Théodore, *Du Conseil d'État mis en harmonie avec les principes de la Charte constitutionnelle*, 1828

BAVOUX François-Nicolas, *Des conflits, ou empiètement de l'autorité administrative sur le pouvoir judiciaire*, 1828

ROUTHIER Guillaume, *De l'organisation du Conseil-d'État en cour judiciaire...*, 1828

LA ROCHEFOUCAULD Gaëtan (de), *Des attributions du Conseil d'État*, 1829

[**SIMÉON** Henri (fils)], *Du Conseil d'État considéré dans son organisation actuelle et dans les améliorations qu'il serait possible d'y introduire*, 1829

PICHON Louis-André, *Du Conseil-d'État ; de ses attributions administratives et de sa juridiction*, 1829

FICHES, *Du Conseil-d'État et du contentieux administratif*, 1830

HENRION DE PANSEY Pierre-Paul-Nicolas, *Un mot sur le contentieux du Conseil d'État* (entretien publié par Ange-Toussaint **COTELLE**), 1830

QUÉNAULT Hyppolite-Alphonse, *De la juridiction administrative*, 1830

- ROUX** Vital, *Considérations sur le rétablissement du Conseil d'État*, 1830
- LOCRE** (de Roissy) Jean-Guillaume, *Quelques vues sur le Conseil d'État, considéré dans ses rapports avec le système de notre régime constitutionnel*, 1831
- BAVOUX** François-Nicolas, *Conseil d'État, Conseil royal, Chambre des Pairs, vénalité des charges, duel et peine de mort*, 1838
- COLOMBEL** Hyacinthe, *De la juridiction administrative en France*, 1840
- LADOUCETTE** Louis-Laetitia-Napoléon-Charles, *Du Conseil d'État*, 1840
- VIDAILLAN** Charles-Pierre-Antoine-Marguerite-Aza (de), *De la juridiction directe du Conseil d'État, de ses attributions et de sa composition*, 1841
- CORMENIN** Louis-Marie (de) (alias **TIMON**), *La légomanie*, 1844
- Anonyme, *De la nécessité d'une loi sur le Conseil d'état. Réfutation de la légomanie... et révélations par un ancien auditeur au Conseil d'État*, 1845
- PISTOYE** Alphonse-Charles (de), *Du Conseil d'État, de son organisation, de son autorité, de ses attributions*, 1845

1.6. – Articles. – Contrats & marchés de l'administration

- DELALLEAU** Charles, « Des droits et obligations des concessionnaires des travaux publics », in *R.L.J.* 1835, I, p. 177 & 358 ; 1837, V, p. 140 (article inachevé)
- BOULATIGNIER** Sébastien-Joseph, « Jurisprudence des baux administratifs », in *École des communes* 1837, 2^e §, p. 93
- CABANTOUS** Louis, « Des limites de la compétence judiciaire relativement aux questions de propriété », in *R.C.L.J.* 1857, X, p. 256 (réponse d'Émile REVERCHON dans le même volume, p. 477)
- CABANTOUS** Louis, « Limite de la compétence judiciaire en matière de contrats, de dette publique et de responsabilité civile », in *R.C.L.J.* 1858, XII, p. 212
- MERVILLE** F., « Question des marchés administratifs », in *R.P.D.F.* 1875, XL, p. 96

1.7. – Articles. – Conseil d'État & juridiction administrative

- [**DELAMALLE** Gaspard-Gilbert], « Du jugement du contentieux de l'administration par le Roi et son conseil d'État », in *Le publiciste* 1818, I, p. 535, 577 & 638
- ISAMBERT** François-André, « Sur les limites qui séparent le pouvoir législatif du pouvoir réglementaire », in *Recueil complet des lois et ordonnances du royaume*, 1819
- ISAMBERT** François-André, « Des arrêts du Conseil », in *Recueil complet des lois et ordonnances du royaume*, 1822
- MACAREL** Louis-Antoine, « Introduction à la jurisprudence administrative », in *Thémis* 1819, I, p. 25 et 232 & 1820, II, p. 255 et 329
- BROGLIE** Victor (de), « Des tribunaux administratifs... », in *Revue française* 1828, VI, p. 58
- [**SIREY** Jean-Baptiste], « Projet d'organisation d'une justice administrative, au sein du conseil d'État, donnant aux droits privés toute garantie de lumières et d'indépendance, selon la Charte ; conservant d'ailleurs au pouvoir toute son énergie monarchique », in *Recueil Sirey* 1830, II, p. 306

BOULATIGNIER Sébastien-Joseph, « Du Conseil d'État », in *École des communes* 1838, 2^e §, p. 69 & 97

VIVIEN DE GOUBERT Alexandre-François-Auguste, « Le Conseil d'État », in *Revue des deux mondes* 1841, IV, p. 161 & 601

FOUCART Émile-Victor-Masséna, « De la nature de l'autorité judiciaire », in *R.L.J.* 1845, XXIII, p. 433

LAFERRIÈRE Firmin, « Essai sur la compétence de la juridiction administrative », in *R.L.J.* 1845, XXII, p. 5

DUFOUR Gabriel, « Du Conseil d'État », in *Le Droit* 1848 (29 décembre), n° 305 ; 1849 (17 janvier), n° 13 ; (4 février), n° 29 & (11 février), n° 35

COTELLE Toussaint-Ange, « Du droit de contrôle du Conseil d'État. Sur les décisions de la section du contentieux et les actes administratifs sujets à annulation pour excès de pouvoir et dans l'intérêt de la loi », in *R.C.L.J.* 1851, I, p. 373

JOUSSELIN Joseph, « Du principe de la juridiction administrative ; à l'occasion du rapport de M. BOULATIGNIER, sur le livre quatrième de la loi relative à l'administration intérieure (conseils de préfecture) », in *Gazette des tribunaux* 1851 (16 septembre), n° 7547

JOUSSELIN Joseph, « À quelle autorité appartient-il de prononcer sur les actions qui tendent à faire déclarer l'État débiteur ? », in *R.C.L.J.* 1852, II, p. 428

REVERCHON Émile, « Des limites des pouvoirs administratif et judiciaire », in *Le Droit* 1855 (21 et 22 mai), n° 119 & (23 mai), n° 120

BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, « De la justice administrative », in *R.P.D.F.* 1863, XV, p. 354 et 558

REVERCHON Émile, « Du rôle législatif attribué à la jurisprudence en matière administrative », in *Le Droit* 1863 (12 mars), n° 60

AUCOC Léon, « La juridiction administrative et les préjugés », in *Moniteur universel* 1864 (13 août), n° 226 & (25 août), n° 238

BOUCHENÉ-LEFER Adèle-Gabriel-Denis, « Distinction entre l'autorité et la juridiction administratives, ou du contentieux et du non-contentieux administratif », in *R.P.D.F.* 1864, XVII, p. 433 & 1865, XIX, p. 145

ROZY Henry, « Les juridictions administratives », in *Académie de législation de Toulouse* 1869, XVIII, p. 341

QUENTIN-BAUCHART Alexandre, « Étude sur la juridiction administrative. Son utilité. – Son organisation. – Son avenir », in *R.C.L.J.* 1870, XXXVII, p. 130

ODILON-BARROT Hyacinthe-Camille, « De l'organisation judiciaire en France », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1871, XCV, p. 351 et 673 & XCVI, p. 5 et 257

DARESTE (de LA CHAVANNE) Rodolphe, « L'organisation de la juridiction administrative dans les divers États », in *Bulletin de la Société de législation comparée* 1873, II, p. 275

DRAMARD E. « De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative », in *R.P.D.F.* 1873, XXXV, p. 433

DUBOIS Ernest, « Le contentieux administratif en Italie et la loi du 20 mars 1865, étudiés à l'occasion des projets de suppression des conseils de préfecture actuellement soumis à l'Assemblée nationale, avec des propositions de transformation de la justice administrative en France », in *Bulletin de la Société de législation comparée* 1873, II, p. 211

ROZY Henry, « De l'organisation et de la compétence rationnelle d'un Conseil d'État, à propos d'une brochure de M. MIGNERET, ancien conseiller d'État, intitulée : *Le Conseil d'État et le Second Empire* », in *Académie de législation de Toulouse* 1874, XXIII, p. 447

DROZ Alfred, « Des tribunaux administratifs. Critiques et réformes », in *La France judiciaire* 1876, §1, p. 25 & 88

FUZIER-HERMAN Édouard, « L'unité judiciaire et les juridictions administratives »,

in *R.P.D.F.* 1878, XLV, p. 353 & 1879, XLVI, p. 66

DESPLAGNES Albert, « De la justice administrative et de la suppression des tribunaux administratifs », in *Revue catholique des institutions et du droit* 1879 (1^{re} série), XIII, p. 396 & 1880, XIV, p. 19

THÉRY Gustave, « De la juridiction administrative, in *Revue catholique des institutions et du droit* 1881 (1^{re} série), XVII, p. 8

AUCOC Léon, « Du juge ordinaire en matière de contentieux administratif », in *Gazette des tribunaux* 1886 (24 décembre), n° 18534

BRÉMOND Jules, « De la juridiction des ministres », in *R.C.L.J.* 1886, LII, p. 261

DARESTE (de LA CHAVANNE) Rodolphe, « Réorganisation de la justice administrative en Italie », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1894, CXLI, p. 80

APPLETON Jean, « La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative », in *R.G.D.* 1898, XXII, p. 140, 206 & 302

1.8. – Divers. – Spécialement sur l'enseignement du droit administratif

GÉRANDO Joseph-Marie (de), *Programme du cours de droit public positif et administratif à la faculté de droit de Paris*, 1819

COTELLE Ange-Toussaint, *Du droit dans son rapport avec l'administration, et de la nécessité d'en populariser les notions par des cours spéciaux à l'usage des employés de l'administration et des entrepreneurs de toutes espèce de construction, d'industrie et de commerce*, 1832

MACAREL Louis-Antoine, *Éléments de droit politique*, 1833

CHAUVEAU Adolphe, *Programme d'un cours de droit administratif soumis à Monsieur le ministre de l'Instruction publique*, 1838

MALLEIN Antoine-Jules, *Plan du cours de droit administratif professé à la faculté de Grenoble*, 1838

SCHÜTZENBERGER Georges-Frédéric, *Cours de droit administratif. Discours d'ouverture*, 1838

BOULATIGNIER Joseph-Sébastien, « De l'origine, des progrès et de l'enseignement du droit administratif en France », in *R.E.L.E.* 1839, VI, p. 81

VIVIEN DE GOUBERT Alexandre-François-Auguste, *Études administratives*, 1845 (3 éd.)

COTELLE Toussaint-Ange, *Discours d'ouverture du cours de droit administratif fait à l'école des ponts et chaussées (session 1848-1849). Esquisse historique sur l'institution des ponts et chaussées en France*, 1848

MALLEIN Antoine-Jules, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, 1857

MALLEIN Antoine-Jules, *Faut-il codifier les lois administratives : examen de cette question*, 1860

LAMÉ-FLEURY Ernest, « De l'enseignement du droit administratif en France », in *Gazette des tribunaux* 1866 (5 janvier, n° 12078)

ROZY Henry, *Cours de droit administratif. Leçon d'ouverture*, 1869

DUCROCQ Théophile & **MICHEL** Henry, *Note sur le titre de cours de matières administratives proposé pour le nouveau cours de Droit administratif à introduire dans les Études de la Licence en Droit*, [1889]

2. – Sources employées dans la seconde partie (1890-1970)

2.1. – Littérature administrative. – Traités généraux

- BERTHÉLEMY** Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1900-1901 (13 éd.)
DUGUIT Léon, *Études de droit public*, 1901-1903 (2 vol.)
JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, 1904 (3 éd.)
DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 1911 (2 vol.) (3 éd.)
APPLETON Jean, *Traité élémentaire de contentieux administratif*, 1927
HAURIOU Maurice, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, 1929 (3 vol.)
DUEZ Paul & **DEBEYRE** Guy, *Traité de droit administratif*, 1952
LAUBADÈRE André (de), *Traité élémentaire de droit administratif*, 1953 (plusieurs éditions selon les tomes)

2.2. – Littérature administrative – Manuels universitaires

- HAURIOU** Maurice, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, 1892 (12 éd.)
FOIGNET René, *Manuel élémentaire de droit administratif...*, 1893 (date de la première édition inconnue) (jusqu'à vingt-deux éditions)
JOURNÉ Maurice, *Précis élémentaire de droit administratif*, 1904 (les deux éditions suivantes sous le titre : *Précis de droit administratif*)
BERNARD Fernand, *Notions élémentaires de droit administratif...*, 1907
DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, 1907 (4 éd.)
MOREAU Félix, *Manuel de droit administratif*, 1909
HAURIOU Maurice, *Principes de droit public...*, 1910 (2 éd.)
JÈZE Gaston, *Éléments de droit public et administratif, à l'usage des étudiants en droit (capacité)*, 1910
NÉZARD Henry, *Éléments de droit public à l'usage des étudiants en droit (capacité)*, 1911 (7 éd.)
RENARD Georges, *Notions très sommaires de droit public français*, 1920
RENARD Georges, *Cours élémentaire de droit public*, 1922
HAURIOU Maurice, *Précis élémentaire de droit administratif*, 1925 (5 éd.)
BONNARD Roger, *Précis élémentaire de droit administratif*, 1926 (4 éd.)
ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, 1926 (11 éd.)
TROTABAS Louis, *Éléments de droit public et administratif...*, 1933 (5 éd.)
WALINE Marcel, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 1936 (9 éd. ; la dernière (1963) porte pour intitulé : *Droit administratif*)
VAQUETTE Théodule, *Éléments de droit public et administratif*, 1938
LAUBADÈRE André (de), *Manuel de droit administratif...*, 1947 (17 éd.)
VEDEL Georges, *Droit administratif*, 1958-1959 (2 vol.) (12 éd.)
RIVERO Jean, *Droit administratif*, 1960 (25 éd.)
PEISER Georges, *Le droit administratif*, 1967 (26 éd.)
BÉNOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, 1968
DEBBASCH Charles, *Droit administratif*, 1968 (11 éd.)
WALINE Marcel, *Précis de droit administratif*, 1969-1970 (2 vol.)

2.3. – Littérature sur les contrats & marchés de l'administration

MOREL André, *Les marchés de fournitures des départements de la guerre et de marine pendant les hostilités*, 1918

DUFOURMANTELLE Roger, *La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marchés administratifs*, 1920

MONSARRAT Gaston, *Contrats et concessions des communes et des établissements communaux de bienfaisance*, 1920 (2 éd.)

TÉTREAU Louis, *Des marchés de fournitures*, 1921

ALIBERT Raphaël, *L'imprévision dans les concessions de services publics : l'évolution des faits et l'adaptation de la théorie depuis 1916*, 1924 (extrait du *Juris-classeur*)

MONSARRAT Gaston, *Marchés de travaux et de fournitures des communes et des établissements communaux de bienfaisance*, 1926 (2 éd.)

JÈZE Gaston, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements*, 1927-1936 (4 vol.)

JÈZE Gaston, *Théorie générale des contrats de l'administration*, 1934-1936 (3 vol.) (inséré à la suite des trois premiers volumes de la troisième édition (1925-1930) des *Principes généraux du droit administratif*)

LE CLÈRE Julien, *Les marchés de fournitures et de travaux publics*, 1949

PÉQUIGNOT Georges, *Des contrats administratifs*, 1953 (extrait du *Juris-classeur administratif*)

LAUBADÈRE André (de), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956 (3 vol.) (2 éd.)

2.4. – Littérature civiliste. – Droit des obligations

BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, *Précis de droit civil...*, 1882-1884 (3 vol.) (14 éd.) [t. 2]

BEUDANT Charles, *Le droit individuel et l'État. Introduction à l'étude du droit*, 1891 (3 éd.)

BUFNOIR Claude, *Propriété et contrat...*, 1900 (2 éd.)

PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil...*, 1900-1901 (3 vol.) (10 éd.) [t. 2]

CAPITANT Henri & **COLIN** Ambroise, *Cours élémentaire de droit civil*, 1914-1916 (3 vol.) (10 éd.) [t. 2]

WAHL Albert, *Le droit civil et commercial de la guerre*, 1918-1921 (4 vol.)

DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, 1923-1933 (7 vol.) [t. 2]

BONNECASE Julien, *Supplément [à la troisième édition du] Traité théorique et pratique de droit civil par G. BAUDRY-LACANTINERIE*, 1924-1935 (6 vol.)

PLANIOL Marcel & **RIPERT** Georges, *Traité pratique de droit civil français*, 1925-1934 (14 vol.) (2 éd.) [t. 6, avec la collaboration de Paul **ESMEIN**]

BONNECARRÈRE Philippe, **LABORDE-LACOSTE** Marcel & **CRÉMIEU** Louis, *Précis de droit civil à l'usage des étudiants de capacité...*, 1926-1928 (2 vol.) (4 éd.) [t. 2]

HÉMARD Joseph, *Précis élémentaire de droit civil*, 1928-1930 (3 vol.) (2 éd.) [t. 2]

JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français...*, 1929-1930 (3 vol.) (3 éd.) [t. 2]

BEUDANT Charles, *Cours de droit civil français*, 1934-1949 (2^e éd., 14 vol. ; publication posthume entreprise par Robert **BEUDANT** et Paul **LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**) [t. 8, avec la collaboration de Gaston **LAGARDE**]

BONNECASE Julien, *Précis de droit civil...*, 1934-1935 (3 vol.) (2 éd.) [t. 2]

GAUDEMET Eugène, *Théorie générale des obligations*, 1937

BOULANGER Jean & **RIPERT** Georges, *Traité élémentaire de droit civil de PLANIOL*, 1942-1946 (3 vol.) (4 éd.) [t. 2]

MAZEAUD Henri, Jean & Léon, *Leçons de droit civil*, 1955-1963 (4 vol.) (12 éd.) [t. 2]

BOULANGER Jean & **RIPERT** Georges, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, 1956-1959 (4 vol.) [t. 2]

2.5. – Littérature essayiste sur les dynamiques du Droit

SALEILLES Raymond, *Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de code civil allemand*, 1889

SALEILLES Raymond, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, 1890 (2 éd.)

TARDE Gabriel, *Les transformations du droit*, 1893 (8 éd.)

GÉNY François *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 1899 (2 éd.)

HAURIOU Maurice, *La gestion administrative*, 1899

JACQUELIN René, *Les principes dominants du droit administratif*, 1899

JACQUELIN René, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, 1899

SALEILLES Raymond, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (art. 116 à 144)*, 1901

[Collectif], *Le Code civil : 1804-1904, livre du centenaire*, 1904 (2 vol.)

SALEILLES Raymond, *Mélanges de droit comparé*, 1904-1907 (2 vol.)

CRUET Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908

DUGUIT Léon, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, 1908 (2 éd.)

[Collectif], *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, 1911

DEMOGUE René, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, 1911

CHARMONT Joseph, *Les transformations du droit civil*, 1912 (2 éd.)

DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912 (2 éd.)

DUGUIT Léon, *Les transformations du droit public*, 1913

GÉNY François, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 1914-1924 (4 vol.)

MORIN Gaston, *La révolte des faits contre le code...*, 1920

[Collectif], *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919) : livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, 1922 (2 vol.)

CORNIL Georges, *Le droit privé : essai de sociologie juridique simplifiée*, 1924

RENARD Georges, *Le droit, la justice et la volonté*, 1924

[Collectif], *La Cité moderne et les transformations du droit*, 1925

RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925 (4 éd.)

RENARD Georges, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 1927 (2 éd.)

MORIN Gaston, *La loi et le contrat : la décadence de leur souveraineté*, 1927

RENARD Georges, *Le droit, l'ordre et la raison*, 1927

BONNET Pierre, *Le droit en retard sur les faits. Aperçu de notre évolution économique et juridique du 1^{er} Empire à nos jours*, 1930

Bibliographie

- RENARD** Georges, *Les théories de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1930
RENARD Georges & **TROTABAS** Louis, *La fonction sociale de la propriété privée...*, 1930
HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit*, 1933
RENARD Georges, *L'institution. Fondement d'une rénovation de l'ordre social*, 1933
RIPERT Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936 (2 éd.)
RENARD Georges, *La philosophie de l'institution*, 1939
MORIN Gaston, *La révolte du droit contre le code : la révision nécessaire des concepts juridiques...*, 1945
WALINE Marcel, *L'individualisme et le droit*, 1945 (2 éd.)
SAVATIER René, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, 1945 (2 éd.)
RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946 (2 éd.)
SAVATIER René, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1948-1959 (3 vol.)
RIPERT Georges, *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine*, 1949
RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, 1955

2.6. – Thèses de doctorat (1890-1970)

2.6.1. – Réformes sur la juridiction administrative (1890-1914)

- JACQUELIN** René, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, 1891 (Paris)
CHARRIER Émile, *Théorie générale de la juridiction administrative*, 1893 (Paris)
FRANCO Joseph, *Des attributions du Conseil d'État en matière législative et réglementaire*, 1897 (Rennes)
MONESTIER Charles, *Règles de compétence en matière de contrats passés par l'administration*, 1898 (Montpellier)
ROUX Camille, *Limites des compétences judiciaire et administrative en matière de propriété*, 1898 (Montpellier)
MESTRE Achille, *De l'autorité compétence pour déclarer l'État débiteur*, 1899 (Paris)
CARRIER Marcel, *Du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative*, 1900 (Lyon)
GRIVELLÉ Prosper, *De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion*, 1901 (Paris)
ALLARD Paul-Émile, *Étude des principes d'existence et d'organisation de la juridiction administrative*, 1903 (Paris)
FRILEUX René, *La question de la suppression de la juridiction administrative*, 1903 (Paris)
MOREL André, *La juridiction des administrateurs actifs*, 1904 (Paris)
BOUCHARD Jean-Marie, *Des limites du contentieux administratif. Étude historique et critique sur l'évolution du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*, 1905 (Paris)
ROGEZ Zéphirin, *L'acte administratif de puissance publique*, 1906 (Paris)

2.6.2. – Marchés de fournitures et de travaux publics (1890-1914)

- AUGIER** Joseph-Georges, *Des marchés de travaux de la guerre*, 1895 (Paris)
BRESSOT Joseph, *Des marchés de fournitures passés avec l'État et plus spécialement des*

marchés de fournitures passés par l'administration de la Guerre, 1895 (Montpellier)

BÉNARD André, *Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, 1897 (Paris)

BAZIRE Henri, *Des conditions du travail imposées aux entrepreneurs dans les adjudications de travaux publics*, 1898 (Poitiers)

VEYSSEYRE Paul, *Étude critique des divers cahiers des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs par l'administration des ponts et chaussées (rédactions de 1833, 1866, 1892)*, 1899 (Paris)

OUBERT Adolphe, *Des conditions du travail dans les adjudications de travaux publics*, 1900 (Dijon)

LOUWARD Maurice, *La protection des salaires dans les marchés de fournitures et de travaux publics*, 1901 (Paris)

COURRÈGELONGUE R., *Des conditions du travail dans les marchés de travaux publics en France*, 1902 (Paris)

PERRIN Tony, *Les fournitures des cultivateurs à l'administration militaire*, 1903 (Paris)

VIDAL Pierre-Armand-Auguste, *Les marchés de fourniture du département de la Guerre, législation et jurisprudence*, 1903 (Toulouse)

MABARET DU BASTY A., *Les conditions du travail dans les contrats de travaux publics : les décrets du 10 août 1899*, 1907 (Paris)

LINET Jean, *Conditions du travail sur les chantiers des ponts et chaussées*, 1911 (Poitiers)

TARDY Léon, *Les marchés de livraison du service des subsistances militaires*, 1909 (Paris)

VERZEUX Gabriel, *Marchés relatifs aux subsistances militaires*, 1911 (Paris)

LEGROS André, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, 1912 (Paris)

BERTIN Albert, *Des marchés de fournitures des chemins de fer de l'État*, 1913 (Poitiers)

FERRUS Marcel, *Le comité consultatif de règlement amiable des entreprises de travaux publics et des marchés de fournitures*, 1914 (Paris)

2.6.3. – Concessions de travaux et de services publics (1890-1950)

DREYFUS Albert, *Étude juridique de la concession de travaux publics*, 1896 (Paris)

PILON Eustache, *Monopoles communaux. – Éclairage au gaz et à l'électricité. – Distribution d'eau et de force motrice. – Omnibus. – Tramuways. – Étude de droit administratif et de science économique*, 1898 (Caen)

REGRAY Paul, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, 1900 (Paris)

LÉON Pierre, *Du monopole de l'éclairage et du chauffage par le gaz à Paris*, 1901 (Paris)

SAUSSOY André, *Les monopoles communaux issus de concessions sur le domaine public*, 1903 (Paris)

GUILLOUARD Jean, *Notion juridique des autorisations, des concessions administratives et des actes d'exécution*, 1903 (Caen)

CHABANNE J., *Des recours au profit du concessionnaire de service public*, 1912 (Paris)

GAUDUCHEAU Charles, *Le concessionnaire de service public et l'autorité concédante*, 1912 (Rennes)

LAINVILLE Robert, *Des modifications aux concessions de travaux publics en cours d'exécution*, 1914 (Paris)

ROUBIER Paul, *Influence du changement des circonstances sur les contrats de droit public*, 1914 (Paris)

BIBIÉ Maxence, *Situation juridique des voies ferrées d'intérêt général concédées*, 1919

(Bordeaux)

CHAMPETIER DE RIBES J., *Régimes comparés de la concession, de la régie intéressée et de la régie directe pour l'exploitation des transports en commun de la région parisienne*, 1923 (Paris)

RIEU Edmond, *De la nature juridique des concessions de travaux publics*, 1923 (Paris)

JANSSE Lucien, *L'évolution de la notion de concession en matière de chemins de fer*, 1924 (Paris)

REDEUILH Henri, *Nature juridique de la concession de service public*, 1925 (Bordeaux)

DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE André, *De l'effet, à l'égard des tiers, des augmentations de tarif dans les concessions de gaz et électricité*, 1926 (Paris)

ALBRESPIY Marcel, *La nature juridique des concessions d'énergie hydraulique de la loi du 16 octobre 1919*, 1929 (Toulouse)

BLONDEAU Ange, *La concession de service public*, 1929 (Grenoble)

GARNIER Paul, *Le cahier des charges des concessions de chutes d'eau*, 1931 (Paris)

COMTE Philippe, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public : un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, 1934 (Paris)

MESTRE G., *Le concessionnaire de chute d'eau et les propriétés privées*, 1934 (Paris)

LECOMTE François, *Le rachat des concessions*, 1942 (Paris)

DALEMONT Étienne, *Les chemins de fer et l'État : du régime des concessions à la société de service public*, 1944 (Paris)

GOASDOUÉ Albert, *La rémunération des concessionnaires des services publics industriels et commerciaux de la ville de Paris*, 1945 (Paris)

POLACK Huguette, *Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de services publics en cas de manquement à ses obligations*, 1946 (Paris)

2.6.4. – Autour des stipulations pour autrui et des contrats d'utilité publique (1890-1910)

LAMBERT Édouard, *La stipulation pour autrui : de la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant*, 1893 (Paris)

CHAMPEAU Edmond, *La stipulation pour autrui*, 1893 (Paris)

BOURDON Édouard, *Des contrats d'utilité générale passés au profit d'une collectivité*, 1905 (Paris)

SCELLE Georges, *De l'influence des considérations d'utilité publique sur le contrat*, 1906 (Paris)

DELAMAIN Maurice, *Les stipulations dans l'intérêt des tiers dans les contrats administratifs*, 1910 (Paris)

2.6.5. – Autour de la doctrine de l'autonomie de la volonté, et spécialement sur les contrats d'adhésion (1890-1914)

WORMS René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, 1891 (Paris)

GUIHAIRE René, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, 1900 (Rennes)

GALLIOT Norbert, *La déclaration de volonté dans les contrats (considérée au point de vue spéculatif et dans son application par la législation moderne allemande)*, 1903 (Caen)

DEREUX Georges, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, 1905 (Paris)

DOLLAT Jacques, *Les contrats d'adhésion*, 1905 (Paris)

- ELIAS Randolphe, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale (étude et critique)*, 1909 (Paris)
- FORTIER Georges, *Des pouvoirs du juge en matière de contrat d'adhésion*, 1909 (Dijon)
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, 1912 (Dijon)
- PICHON Victor, *Des contrats d'adhésion. – Leur interprétation et leur nature*, 1912 (Lyon)
- MAHER Ahmed, *De l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des contrats*, 1913 (Montpellier)

2.6.6. – Théories de l'imprévision et de la force majeure (1918-1940)

- SAINT-MARC Pierre, *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, 1918 (Paris)
- LOUVEAU André, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, 1920 (Rennes)
- RADOUANT Jean, *Du cas fortuit et de la force majeure*, 1920 (Paris)
- FYOT Louis, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autres qu'une somme d'argent*, 1921 (Dijon)
- BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, 1922 (Paris)
- BRUZIN André, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, 1922 (Bordeaux)
- GROS Marcel, *Les conséquences juridiques de la guerre sur les services publics concédés du gaz et de l'électricité*, 1922 (Lyon)
- VOIRIN Pierre, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, 1922 (Nancy)
- LAPEYRE Jean, *De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, 1923 (Poitiers)
- MAGNAN DE BORNIER J., *Essai sur la théorie de l'imprévision*, 1924 (Montpellier)
- DESJONQUÈRES Charles, *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*, 1926 (Paris)
- VÉGLERI Phédéon, *Des modifications apportées par l'administration à ses contrats : étude de jurisprudence administrative*, 1927 (Paris)
- JACQUEMARD Louis-Marcel, *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, 1928 (Alger)
- CATTAND Georges, *La clause « rebus sic stantibus » du droit privé au droit international*, 1929 (Paris)
- POPESCU Corneliu-Mihail, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*, 1937 (Paris)
- AUVERNY-BENNETOT Jean, *La théorie de l'imprévision, droit privé, droit administratif, droit ouvrier*, 1938 (Paris)
- FOULON Jean, *Le caractère provisoire de la notion d'imprévision*, 1938 (Paris)
- STOYANOVITCH Constantin, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues : théorie de l'imprévision*, 1941 (Aix-Marseille)

2.6.7. – À propos des mutations du contrat en droit privé (1914-1940)

- MOENECLAËY Pierre, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, 1914 (Lille)

Bibliographie

- BRUNET** Maurice, *La guerre et les contrats*, 1917 (Aix)
- GUEULLETTE** J.-E., *Des effets juridiques de la guerre sur les contrats*, 1918 (Paris)
- CANET** Jules, *Des effets de la guerre sur l'exécution des contrats synallagmatiques et en particulier des baux à loyer et des contrats commerciaux. Essai d'une théorie des risques contractuels de guerre, en droit français*, 1920 (Lille)
- LEPARGNEUR** Jean, *La prorogation des contrats à exécution successive après un cas de force majeure et particulièrement à la suite de la guerre de 1914*, 1920 (Paris)
- MAURY** Jacques, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, 1920 (Toulouse)
- TATRY** P., *Loi du 21 janvier 1918 sur les marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre*, 1920 (Paris)
- VILLEY DESMESERETS** Étienne, *De l'intervention du législateur dans l'interprétation des contrats (à propos de la loi du 9 mars 1918)*, 1920 (Caen)
- MAYNAU** Jean, *Les fictions de contrats dans le code civil et depuis le code civil*, 1924 (Montpellier)
- MULTZER O'NAGHTEN** Hubert, *La loi Failliot et les principes du contrat consensuel*, 1925 (Paris)
- TALAMON** Christian, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation et l'application des contrats*, 1926 (Paris)
- SALLÉ DE LA MARNIERRE** Edmond (de), *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, 1930 (Paris)
- GAUDIN DE LAGRANGE** Emérentienne, *L'intervention du juge dans le contrat*, 1935 (Montpellier)
- MARSON** Jacquelin, *L'abus du droit en matière de contrat*, 1935 (Paris)
- ROUSSEL** Gaston, *Le contrat : de l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, 1936 (Paris)
- BARREYRE** André, *L'évolution et la crise du contrat. Étude synthétique et critique*, 1937 (Bordeaux)
- ZAKSAS** Joseph, *Les transformations du contrat et leur loi : essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, 1939 (Toulouse)

2.6.8. – Contrats administratifs et compétence administrative (1920-1940)

- DOUYSET** Paul, *Du principe de répartition des compétences en ce qui concerne les litiges nés sur les contrats passés par les personnes administratives*, 1924 (Paris)
- AMFREVILLE** Jacques-Guyot (de), *De la répartition des compétences en matière de contrats passés par l'administration*, 1927 (Paris)
- LAHILLONNE** Georges, *La gestion privée des services publics*, 1931 (Toulouse)
- SUDRE** Jacques, *De la compétence du Conseil d'État en matière de contrats*, 1928 (Paris)
- ROUVIÈRE** Jean, *À quels signes reconnaître les contrats administratifs*, 1930 (Paris)
- HIMARIO** C., *Les clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats administratifs*, 1933 (Paris)

2.6.9. – Thèses diverses autour des contrats administratifs, et spécialement des marchés administratifs (1920-1970)

- AUBRY** E., *Des contrats administratifs comparés aux contrats notariés au point de vue du*

Bibliographie

- caractère commun d'authenticité*, 1924 (Paris)
- FURTUNA** Alphonse, *Le fait du prince*, 1924 (Paris)
- BICHOFFE** G., *Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ? – Fonction publique et contrat*, 1927 (Nancy)
- ISRAËL** Maurice, *L'État acheteur*, 1927 (Paris)
- GÉNY** Bernard, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, 1930 (Nancy)
- DELCUSY** Pierre, *Le quasi-contrat en droit administratif*, 1931 (thèse, Paris)
- DUFFAUD** Léon, *Les pénalités dans les marchés de fournitures*, 1931 (Paris)
- MONTMERLE** Jacques, *Situation juridique de l'entrepreneur de travaux publics soumis au cahier des clauses et conditions générales de l'administration des ponts et chaussées*, 1931 (Paris)
- BARADEZ** Pierre, *Les clauses de révision de prix dans les marchés de fournitures*, 1933 (Paris)
- FOUGEROLLE** Philippe, *La déchéance de l'entrepreneur. Commentaire de l'article 35 du cahier des clauses et conditions générales, imposées aux entrepreneurs des travaux des ponts-et-chaussées et des articles correspondants des autres cahiers*, 1933 (Paris)
- MASSON** Pierre, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, 1937 (Paris)
- BELIN** Roger, *Les index économiques dans les contrats publics et privés*, 1942 (faculté de Paris)
- DUBAIL** René, *Les marchés de fournitures de la marine*, 1943 (Paris)
- BRISARD** Pierre, *La variation des prix en cours d'entreprise*, 1944 (faculté de Paris).
- ERB** Roger, *La mise en régie dans les marchés de travaux publics*, 1944 (Nancy)
- ARRIGHI** Pascal, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, 1945 (Paris)
- DELMAS** François, *Du pouvoir de l'administration de modifier des prévisions du marché de travail public et des obligations financières en résultant pour elle*, 1945 (Paris)
- PÉQUIGNOT** Georges, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, 1945 (Montpellier)
- QUANCARD** Michel, *L'adjudication des marchés publics*, 1945 (Paris)
- CHARPENTIER** Louis, *Le choix de l'entrepreneur de travaux publics. Étude historique et critique*, 1946 (Paris)
- CHAUVEAUX** Jacques, *Les garanties financières exigées des entrepreneurs et des fournisseurs de l'État*, 1947 (Paris)
- MALDIDIER** Guy, *La résiliation sans faute des marchés de fournitures passés par l'État*, 1949 (Paris)
- AUDEBAUD** Christian, *Essai sur l'évolution et les tendances actuelles des marchés de l'État*, 1950 (Paris)
- BADAOU** Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien*, 1954 (Paris)
- THIBAUT** Lionel, *Les effets de la nullité des contrats administratifs*, 1955 (Paris)
- TALBOT** Jean, *L'évolution de la réglementation des marchés de travaux et de fournitures*, 1958 (Paris)
- LEUREGANS** Pierre, *Les contrats administratifs en droit romain*, 1964 (Paris)
- HADJIDINAS** Jason, *La force obligatoire du contrat dans les contrats administratifs*, 1966 (Paris)
- PORTET** Louis, *Les marchés de fournitures militaires*, 1967 (Paris)

2.7. – Articles. – Contrats & marchés de l'administration (1890-1970)

TOUTAIN Robert, « Des autorisations et des contrats portant concession en ce qui concerne l'éclairage au gaz dans les villes », *in R.G.A.* 1882, II, p. 261

LACANAL Pierre, « De la propriété et des contrats devant l'autorité administrative », *in R.P.D.F.* 1883, LIV, p. 5

DEJAMME Jean, « Des droits de stationnement et de location sur le domaine public », *in R.G.A.* 1886, II, p. 5

SAINCTELETTE Charles (de), « Des contrats d'utilité publique. De leur énergie obligatoire. – De leur force exécutoire », *in Revue de droit international et de législation comparée* 1888, XX, p. 425

HAURIOU Maurice, « L'administration et les actes d'administration », *in R.G.A.* 1891, II, p. 257 & 420

SANLAVILLE Ferdinand, « Des contrats passés en le forme administrative. – Authenticité, compétence », *in R.G.A.* 1892, I, p. 129

HAURIOU Maurice, « Dangers des monopoles de fait établis par occupation de la voie publique. Le Gaz et l'électricité », *in R.D.P.* 1894, I, p. 78

GRANIER Camille, « Le marché des services pénitentiaires », *in R.G.A.* 1894, II, p. 385 & 1894-III, p. 21

CRUVEILHIER Jean, « Les concessions d'éclairage », *in R.G.A.* 1898, III, p. 5, 129, 257 et 389 ; 1899, I, p. 14 ; 1899, II, p. 21 et 142

PASCAUD Henri, « Les monopoles d'État et leurs funeste conséquences économiques », *in R.C.L.J.* 1903, LXIX, p. 407

LA TASTE Léon (de), « Sanctions pécuniaires des obligations des concessionnaires de chemins de fer et de tramways », *in Revue des concessions* 1904, p. 49

RIPERT Henri, « Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion dans les situations contractuelles », *in R.D.P.* 1905, p. 5

COLLAVET Fernand, « De l'arbitrage dans les procès où sont parties les personnes publiques », *in R.D.P.* 1906, p. 472

CILLEULS Alfred (des), « Du respect des engagements dans les concessions de travaux publics », *in R.C.L.J.* 1907, LXXIII, p. 481

CILLEULS Alfred (des), « De la sanction des droits du concédant en matière de travaux publics », *in Gazette des tribunaux* 1907 (21 juin), n° 24718

DUGUIT Léon, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *in R.D.P.* 1907, p. 411

ROLLAND Louis, « Les marchés de fourniture du ministère de la guerre », *in R.D.P.* 1908, p. 288

ROLLAND Louis, « Du droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics », *in R.D.P.* 1909, p. 520

DUGUIT Léon, « Les services publics et les particuliers », *in* [collectif], *Premier congrès international des sciences administratives à l'exposition universelle et internationale de Bruxelles 1910...*, 1910, III-1-4

ROLLAND Louis, « Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics », *in R.D.P.* 1910, p. 116

ROLLAND Louis, « De la modification des contrats en France par voie d'autorité », *in R.D.P.* 1910, p. 309

ROLLAND Louis, « La grève des agents d'un service public concédé », *in R.D.P.* 1910, p. 504

BARTHÉLEMY Joseph, « Sur l'interprétation des lois par le Parlement : la rétroactivité des lois : l'État et le contrat », *in R.D.P.* 1911, p. 129 et 379

MONSARRAT Gaston, « La crise du contrat de concession », *in R.G.A.* 1914, III,

p. 27

LA TASTE Léon (de), « La crise du gaz devant les Conseil de préfecture », in *Revue des concessions* 1915-1916, p. 209

BOIVIN-CHAMPEAUX Paul, **HANNOTIN** Edmond-Louis, **MORNARD** Henry & **LARNAUDE** Ferdinand, « Consultation délibérée le 22 juin 1915 & rendue à la requête du Syndicat professionnel de l'industrie du gaz, à propos de l'augmentation des matières premières et des difficultés subséquentes qui s'en sont ensuivies pour les compagnies concessionnaires de services publics », in *R.G.A.* 1916, III, p. 232

DUGUIT Léon, « Le Conseil d'État et l'affaire du Gaz de Bordeaux », in *R.P.P.* 1916, LXXXVII, p. 264

HAURIU Maurice, « Le Conseil d'État et l'affaire du Gaz de Bordeaux », in *R.P.P.* 1916, LXXXVIII, p. 40

JÈZE Gaston, « La guerre et les concessionnaires de service public (Compagnies du gaz) », in *R.D.P.* 1916, p. 206 & 388

ROUX Albert, « De la compétence en matière de marchés pour le service des prisons », in *R.G.A.* 1916, III, p. 43

Anonyme, « La crise des services publics concédés et la politique », in *Revue des concessions* 1917, p. 5

BERTHÉLEMY Henry, « Communes et gaziers », in *R.P.P.* 1917, XCII, p. 23

DESBATS A.-Gabriel, « De la nature juridique du contrat de concession », in *R.G.A.* 1917, I, p. 5

PERREAU Ernest-Hippolyte, « Les marchés de l'administration de la guerre », in *Bulletin de l'Académie de législation* 1917, p. 230 & 257

JÈZE Gaston, « Le régime juridique des marchés de service public », in *R.D.P.* 1918, p. 219

PERREAU Ernest-Hippolyte, « Des modifications contractuelles au droit commun dans les marchés de l'État, spécialement ceux du ministère de la guerre », in *R.T.D. civ.* 1918, p. 5

PERREAU Ernest-Hippolyte, « Les stipulations en faveur des ouvriers dans les marchés administratifs », in *Bulletin de l'Académie de législation* 1918-1919, p. 269

PERREAU Ernest-Hippolyte, « Des marchés de l'intendance, particulièrement depuis les débuts de la présente guerre », in *R.G.D.* 1919, p. 325 & 1920, p. 1

[**LA TASTE** Léon (de)], « La crise économique et les services publics concédés. La jurisprudence du Conseil d'État », in *Revue des concessions* 1920, p. 5

JÈZE Gaston, « La force majeure dans les marchés administratifs de fourniture ou de travaux », in *R.D.P.* 1920, p. 414

JÈZE Gaston, « La révision des marchés de la guerre », in *R.D.P.* 1920, p. 417

APPLETON Jean, « Le Conseil d'État protège fâcheusement les fermiers généraux du Gaz », in *Le Progrès civique* 1921 (2 juillet), p. 9

BOSC André, « De la nature et du régime juridique des pénalités dans les marchés de fournitures », in *R.D.P.* 1921, p. 215

APPLETON Jean, « Défendons le public et les communes contre les fermiers généraux de l'électricité », in *Le Progrès civique* 1922 (14 avril), p. 22

JÈZE Gaston, « De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public », in *R.D.P.* 1923, p. 5

AULAGNON Lucien, « De la situation juridique des usagers titulaires de police d'abonnement à l'égard des compagnies concessionnaires d'un service public », in *R.T.D. civ.* 1924, p. 5

DUEZ Paul, « La théorie de la gestion privée dans l'application de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire », in *R.C.L.J.* 1924, LXXXI, p. 337

RÉGLADE Marc, « De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des

autorités judiciaire et administrative (étude de jurisprudence) », *in R.D.P.* 1924, p. 191

JÈZE Gaston, « Les contrats administratifs », *in R.D.P.* 1925, p. 161

JÈZE Gaston, « Étude de jurisprudence administrative [sur les différentes sortes de contrats administratifs] », *in R.D.P.* 1925, p. 447

JÈZE Gaston, « La concession de service public », *in R.D.P.* 1925, p. 530

BOSC André, « La théorie de l'imprévision en matière de concessions de services publics et la jurisprudence du Conseil d'État », *in R.D.P.* 1926, p. 411

JÈZE Gaston, « Le contrat administratif de louage de services personnels », *in R.D.P.* 1926, p. 5

JÈZE Gaston, « Contrats administratifs dont le contentieux est attribué par une loi spéciale aux tribunaux judiciaires », *in R.D.P.* 1926, p. 272

JÈZE Gaston, « Contrats de droit privé dont le contentieux est attribué par une loi aux tribunaux administratifs », *in R.D.P.* 1926, p. 280

LA TASTE Léon (de), « Le réajustement des contrats de concession des services publics de chemins de fer d'intérêt local et de tramways », *in Revue des concessions* 1926, p. 251

BERNIER Charles, « Des pouvoirs de l'administration sur les concessions de travaux publics », *in R.D.P.* 1927, p. 474

BOSC André, « Des conséquences juridiques des mesures législatives ou réglementaires tendant à modifier l'exécution des contrats administratifs », *in R.D.P.* 1927, p. 177

BLAEVOET Charles, « De la nature des concessions d'entreprises hydrauliques », *in Revue des concessions* 1928, p. 33

DUGUIT Léon, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », *in* [collectif], *Mélanges Maurice HAURIOU*, 1929, p. 251

BASTID Paul, « La situation juridique du personnel des services publics concédés », *in R.D.P.* 1930, CXLV, p. 235 (avec une critique de **COLSON** dans le même volume, p. 300)

JÈZE Gaston, « Théorie générale des contrats de l'administration », *in R.D.P.* 1930, p. 82, 260, 426, 680 ; 1931, p. 70, 245, 496 et 681 ; 1932, p. 244 et 581 ; 1933, p. 51, 371 et 573 ; 1934, p. 70, 571 ; 1935, p. 5, 237, 482, 712 ; 1936, p. 41 et 239

WALINE Marcel, « De la situation juridique de l'usager d'un service public », *in R.C.L.J.* 1933, XC, p. 236

JÈZE Gaston, « La déchéance du concessionnaire de service public », *in* [collectif], *Mélanges Paul NEGULESCO*, 1935, p. 395

DEBEYRE Guy, « Le recours pour excès de pouvoir et le contrat », *in R.D.P.* 1938, p. 215

DESGRANGES Eugène, « Définition du marché de fournitures. Étude de jurisprudence », *in R.D.P.* 1942, p. 189

BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *in R.D.P.* 1943, p. 151

JÈZE Gaston, « Le régime juridique du contrat administratif », *in R.D.P.* 1945, p. 251

WALINE Marcel, « L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants », *in R.D.P.* 1951, p. 5

L'HUILLIER Jean, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », *in Dalloz* 1953, chron. p. 87

LAUBADÈRE André (de), « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *in R.D.P.* 1954, p. 36

DUFAU Jean, « Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concessions de service public », *in A.J.D.A.* 1955, I, p. 65

LAUBADÈRE André (de), « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration », *in* [collectif], *L'évolution du droit public : études offertes à*

Achille MESTRE, 1956, p. 383

VEDEL Georges, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », in [collectif], *L'évolution du droit public. Études offertes à Achille MESTRE*, 1956, p. 527

LAMARQUE Jean, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », in *A.J.D.A.* 1961, p. 123

BÉNOIT Francis-Paul, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », in *J.C.P.* 1963, I, p. 1775

LAUBADÈRE André (de), « Administration et contrat », in [collectif], *Mélanges offerts à Jean BRÈTHE DE LA GRESSAYE*, 1968, p. 453

2.8. – Articles. – Mutations des droits public et privé, spécialement à propos des contrats (1900-1945)

DEREUX Georges, « Étude des diverses conceptions actuelles du contrat », in *R.C.L.J.* 1901, LXVII, p. 513 & 1902, LXVIII, p. 105

CHARMONT Joseph, « De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand », in *R.C.L.J.* 1902, LXVIII, p. 456

MEYNIAL Edmond, « La déclaration de volonté », in *R.T.D. civ.* 1902, p. 545

CHARMONT Joseph, « Socialisation du droit. Leçon d'introduction d'un cours de droit civil », in *Revue métaphysique et de morale* 1903, p. 380

HAURIOU Maurice & **BÉZIN** Guillaume (de), « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », in *R.T.D. civ.* 1903, p. 543

PLANIOL Marcel, « Classification des sources des obligations », in *R.C.L.J.* 1904, LXX, p. 224

CHARMONT Joseph, « Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile », in *R.T.D. civ.* 1906, p. 813

LOUBERS Henry, « Analyse de la volonté dans l'interprétation des contrats », in *R.G.D.* 1906, p. 245

DEMOGUE René, « Des modifications au contrat par volonté unilatérale », in *R.T.D. civ.* 1907, p. 245

DEREUX Georges, « La nature juridique des “contrats d'adhésion” », in *R.T.D. civ.* 1910, p. 503

CESBRON Maurice, « Des effets juridiques de la guerre sur les contrats antérieurs à la mobilisation », in *Revue catholique des institutions et du droit* 1914-1916 (2^e série), LIII, p. 587

WAHL Albert, « La guerre considérée comme force majeure spécialement en matière de vente de marchandises », in *R.T.D. civ.* 1915, p. 383

LEBON André, « La guerre et les contrats », in *R.P.P.* 1916, LXXXVII, p. 161

SERBESCO S., « Effets de la guerre sur l'exécution des contrats », in *R.T.D. civ.* 1917, p. 349

MORIN Gaston, « L'individualisme de la révolution française et du code civil et la structure nouvelle de la vie économique », in *Revue métaphysique et de morale* 1917, p. 517

MORIN Gaston, « La décadence de l'autorité de la loi », in *Revue métaphysique et de morale* 1925, p. 259

HAURIOU Maurice, « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'AL SANHOURY : *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise* et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », in *R.T.D. civ.* 1926,

p. 265

HAURIOU Maurice, « La puissance publique et le service public », in *Revista de drept public* 1926, p. 367

JÈZE Gaston, « Le service public », in *Revista de drept public* 1926, p. 161

MORIN Gaston, « Le sens des transformations contemporaines du droit », in *Revue métaphysique et de morale* 1927, p. 253

BERTHÉLEMY Henry, « Défense de quelques vieux principes », in [collectif], *Mélanges Maurice HAURIOU*, 1929, p. 809

MORIN Gaston, « L'abus du droit, et les relations du réel et des concepts dans le domaine juridique », in *Revue de métaphysique et de morale* 1929, p. 267

LÉVY Emmanuel, « Définition du contrat », in *R.T.D. civ.* 1930, p. 273

RENARD Georges, « La collaboration des administrés », in *R.G.D.* 1930, p. 280

MORIN Gaston, « Vers la révision de la technique juridique : le concept d'institution », in *Archives de philosophie du droit* 1931, p. 73

JOSSERAND Louis, « Le contrat dirigé », in *Dalloz* 1933, chron. p. 89

LAFERRIÈRE Julien, « Le régime administratif français », in *Revista de drept public* 1933, p. 135 et 269

CAPITANT Henri, « Le régime de la violation des contrats », in *Dalloz* 1934, chron.

p. 1

HAURIOU André, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, 1934 (3 vol.), t. 3, p. 92

JOSSERAND Louis, « L'essor moderne du concept contractuel », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, 1934 (3 vol.), t. 2, p. 333

PERREAU Ernest-Hippolyte, « Une évolution vers un statut légal des contrats », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, 1934 (3 vol.), t. 2, p. 354

RENARD Georges, « L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, 1934 (3 vol.), t. 3, p. 77

RIPERT Georges, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in [collectif], *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GÉNY*, 1934 (3 vol.), t. 2, p. 347

BLAGOYÉVITCH Borislav T., « Le rapport entre le principe de l'autonomie de la volonté et le principe de la liberté conventionnelle », in *R.G.D.* 1935, p. 21

JOSSERAND Louis, « La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du code civil français », in [collectif], *Livre-souvenir des journées du droit civil français*, 1936, p. 29

RIPERT Georges, « Le droit de ne pas payer ses dettes », in *Dalloz* 1936, chron. p. 57

JOSSERAND Louis, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », in *Dalloz* 1937, chron. p. 1

JOSSERAND Louis, « Un ordre juridique nouveau », in *Dalloz* 1937, chron. p. 41

JOSSERAND Louis, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », in *R.T.D. civ.* 1937, p. 1

MORIN Gaston, « Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts », in *R.T.D. civ.* 1937, p. 553

SZLADITS Charles (de), « Les tendances modernes du droit des obligations », in *Bulletin de la société de législation comparée* 1937, p. 119

JOSSERAND Louis, « La publicisation du contrat », in [collectif], *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard LAMBERT*, 1938 (3 vol.), t. 3, p. 143

TROTABAS Louis, « La gestion des services publics : gestion publique ou gestion

privée ? », in *L'État moderne* 1938, n° 11, p. 208

DELBEZ Louis, « Une conquête du droit public : le contrat de travail », in *R.D.P.* 1939, p. 462

MORIN Gaston, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », in *Archives de philosophie du droit* 1939-1940, p. 7

KELSEN Hans, « La théorie juridique de la convention », in *Archives de philosophie du droit* 1939-1940, p. 33

JOSSERAND Louis, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le *contrat forcé* et le *contrat légal* (contrat du *de salaire différé*) », in *Dalloz* 1940, chron. p. 5

DURAND Paul, « La contrainte légale dans la formation du droit contractuel », in *R.T.D. civ.* 1944, p. 73

FLOUR Jacques, « L'influence du droit public sur le droit privé en France », in *Travaux de l'Association Henri Capitant* 1946, t. 2, p. 39

MAZEAUD Henri, « Défense du droit privé », in *Dalloz* 1946, chron. p. 17

SAVATIER René, « Droit privé et droit public », in *Dalloz* 1946 chron. p. 25

RIVERO Jean, « Droit public et droit privé, conquête ou *statu quo* ? », in *Dalloz* 1947, chron. p. 69

BRETHER DE LA GRESSAYE Jean « Droit administratif et droit privé », in [collectif], *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges RIPERT*, 1950 (2 vol.), t. 1, p. 304

2.9. – Articles. – Réformes relatives au Conseil d'État (1890-1940)

VARAGNAC Émile, « Le Conseil d'État et les projets de réforme », in *Revue des Deux Mondes* 1892, CXII, p. 771 & CXIII, p. 288

TARBOURIECH Ernest, « Du Conseil d'État comme organe législatif », in *R.D.P.* 1894, II, p. 262

PRIVAT Gaston, « De l'unité de juridiction ou de la suppression des tribunaux administratifs », in *Revue catholique des institutions et du droit* 1894 (2^e série), XIII, p. 424, 481 & 1895, XIV, p. 3 et 97

AUCOC Léon, « La justice administrative en France », in *Annales de l'École libre des sciences politiques* 1898, p. 667

ARTUR Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », in *R.D.P.* 1900, XIII, p. 214 et 470 ; XIV, p. 34, 236 et 436 ; 1902, XVII, p. 78, 234 et 439 ; 1903, XX, p. 415

HAURIOU Maurice, « Les éléments du contentieux », in *Recueil de législation de Toulouse* 1905, I, p. 1 & 1907, III, p. 149 (inachevé)

WORMS René, « La juridiction du Conseil d'État et ses tendances actuelles », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1905, CLXIV, p. 632

LEFORT Joseph, « La juridiction contentieuse du Conseil d'État », in *R.G.D.* 1906, XXX, p. 539

PHILIPPE Marcel, « Le Conseil d'État et ses tendances actuelles », in *R.D.P.* 1906, p. 79

JÈZE Gaston, « Exposé critique d'une théorie en faveur au Conseil d'État sur la classification des recours contentieux en recours en annulation et recours de pleine juridiction », in *R.D.P.* 1908, p. 671

LEROY Maxime, « Le Conseil d'État », in *Revue de Paris* 1908, V, p. 312

- JÈZE** Gaston, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *in* *R.D.P.* 1909, p. 667
- WORMS** René, « La juridiction du Conseil d'État et ses tendances actuelles (seconde étude) », *in* *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* 1909, CLXXII, p. 650
- JÈZE** Gaston, « Le recours pour excès de pouvoir », *in* [collectif], *Premier congrès international des sciences administratives à l'exposition universelle et internationale de Bruxelles 1910...*, 1910, III-1-3
- ROLLAND** Louis, « Modifications apportées par la loi de finances du 8 avril 1910 à la composition du Conseil d'État statuant au contentieux », *in* *R.D.P.* 1910, p. 321
- JÈZE** Gaston, « Les lenteurs de la procédure du recours pour excès de pouvoir », *in* *R.D.P.* 1911, p. 291
- JÈZE** Gaston, « Caractère de censure doctrinale des arrêts d'annulation d'un acte administratif irrégulier », *in* *R.D.P.* 1914, p. 595
- JÈZE** Gaston, « Lenteurs de la procédure devant le Conseil d'État. Statistiques », *in* *R.D.P.* 1916, p. 65
- JÈZE** Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *in* *R.D.P.* 1918, p. 63
- JÈZE** Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux (modification de sa composition et de son organisation) », *in* *R.D.P.* 1918, p. 509
- JÈZE** Gaston, « Le désencombrement du Conseil d'État au contentieux. Résultats pratiques du fonctionnement des commissions d'assistance créées par la loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables privés de ressources », *in* *R.D.P.* 1919, p. 64
- LE GOUX** Maurice, « Le Conseil d'État et les innovations nécessaires », *in* *R.G.A.* 1919-II, p. 5
- JÈZE** Gaston, « Le relèvement des traitements du personnel du Conseil d'État (loi du 6 octobre 1919, art. 2) et la réorganisation du Conseil d'État (projet de loi du 23 décembre 1919) », *in* *R.D.P.* 1920, p. 72
- LAFERRIÈRE** Julien, « L'organisation de la juridiction administrative. Réforme et projets de réforme », *in* *R.D.P.* 1920, p. 553 & 1921, p. 109
- JÈZE** Gaston, « Les lenteurs de la juridiction administrative », *in* *R.D.P.* 1921, p. 377
- JÈZE** Gaston, « La suspension de la publication du Recueil des arrêts du Conseil d'État », *in* *R.D.P.* 1921, p. 484
- JÈZE** Gaston, « Reprise de la publication du "Recueil des arrêts du Conseil d'État" », *in* *R.D.P.* 1922, p. 57
- LEFORT** Joseph, « Les affaires contentieuses au Conseil d'État », *in* *R.G.D.* 1922, p. 291
- GUILLOIS** André, « L'organisation de la juridiction administrative : projets de réforme », *in* *R.D.P.* 1923, p. 84
- JÈZE** Gaston, « La réorganisation du Conseil d'État (loi du 1^{er} mars 1923) », *in* *R.D.P.* 1923, p. 224
- JÈZE** Gaston, « La réforme de l'organisation du Conseil d'État », *in* *R.D.P.* 1925, p. 79
- JÈZE** Gaston, « Projets et propositions de réforme du Conseil d'État », *in* *R.D.P.* 1925, p. 289
- JOUARRE** Léon, « La juridiction administrative dans la réforme judiciaire », *in* *Revue catholique des institutions et du droit* 1935 (2^e série), LXXIII, p. 554

3. – Sources concernant les deux parties

3.1. – Littérature camérale

De **1799** (13 février) à **1839** (17 juillet)

MAVIDAL Jules & **LAURENT** Émile (dir.), *Archives parlementaires, recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises de 1800 à 1860...*, 1862-1912 (2^e série) (127 vol.) (inachevé)

De **1839** à **1848**

Moniteur universel

De **1848** (4 mai) à **1849** (27 mai)

Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale [constituante]..., 1848-1849 (10 vol.)

De **1849** (28 mai) à **1851** (1^{er} décembre)

Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative..., 1849-1851 (18 vol.)

De **1851** à **1861**

Moniteur universel

De **1861** (4 février) à **1870** (4 septembre)

Annales du Sénat et du Corps législatif..., 1862-1871 (88 vol.)

De **1871** (12 février) à **1876** (8 mars)

Annales de l'Assemblée nationale..., 1871-1876 (45 vol.)

De **1876** (8 mars) à **1880** (15 juillet)

Annales du Sénat et de la Chambre des députés, 1876-1881 (51 vol.)

De **1881** (11 janvier) à **1940** (9 juillet)

Annales du Sénat. Débats parlementaires, 1881-1946 (132 vol.)

Annales de la Chambre des députés. Débats parlementaires, 1881-1946 (170 vol.)

Annales du Sénat et de la Chambre des députés. Documents parlementaires. 1^{re} partie : Sénat, 1881-1884 (9 vol.)

Annales du Sénat. Documents parlementaires, 1885-1939 (79 vol., numérotation continue avec la collection précédente)

Annales du Sénat et de la Chambre des députés. Documents parlementaires. 2^e partie : Chambre des députés, 1881-1885 (13 vol.)

Annales de la Chambre des députés. Documents parlementaires, 1885-1950 (132 vol., numérotation continue avec la collection précédente)

3.2. – Littérature périodique

Thémis, ou Bibliothèque du jurisconsulte, 1819-1831 (10 vol.)

Gazette des tribunaux : journal de jurisprudence et des débats judiciaires, 1825-1955
(absorbée par la Gazette du palais)

L'École des communes..., 1832-1941

Revue étrangère de législation et d'économie politique (dite *Revue Fœlix*), 1834-1850 (17 vol.) (change plusieurs fois de titre, dont le dernier est : *Revue de droit français et étranger*)

Le Droit : journal des tribunaux, 1835-1938 (absorbé par la *Gazette des tribunaux*)

Revue de législation et de jurisprudence (dite *Revue Wolowski*), 1835-1853 (46 vol.) (fusionne en 1853 avec la *Revue critique de jurisprudence...*, pour former la *Revue critique de législation et de jurisprudence*)

Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1842-2001

1^{re} série (1842-1935) (211 vol.)

2^e série (1936-1981), sous l'intitulé : *Revue des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*

3^e série (1982-2001), sous l'intitulé : *Revue des sciences morales et politiques : travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*

Académie de législation de Toulouse, 1851-1959

1^{re} série (1851-1904) (52 vol.)

2^e série (1904-1914), sous l'intitulé : *Recueil de législation de Toulouse* (10 vol.)

3^e série (1917-1920), sous l'intitulé : *Bulletin de l'Académie de législation fondée à Toulouse* (4 vol.)

4^e série (1920-1959), sous l'intitulé : *Recueil de l'Académie de législation fondée à Toulouse* (23 vol.)

5^e série (1956-1958), sous l'intitulé : *Mémoires de l'Académie de législation de Toulouse* (4 vol.)

Revue critique de jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle, 1851-1852 (2 vol.) (fusionne en 1853 avec la *Revue de législation et de jurisprudence...*, pour former la *Revue critique de législation et de jurisprudence*)

Journal du droit administratif ou le droit administratif mis à la portée de tout le monde..., 1853-1914 (62 vol.)

Revue bibliographique et critique de droit français et étranger, 1853-1857 (4 vol.) (est absorbée par la *Revue historique de droit français et étranger* en 1857)

Revue critique de législation et de jurisprudence, 1853-1939 (94 vol.)

Bibliographie

Revue historique de droit français et étranger, 1855-à nos jours

1^{re} série (1855-1869) (15 vol.)

2^e série (1870-1871), sous l'intitulé : *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère* (6 vol.)

3^e série (1877-1921), sous l'intitulé : *Nouvelle revue histoire de droit français et étranger* (45 vol.)

4^e série (1922-2016), sous l'intitulé : *Revue histoire de droit français et étranger* (94 vol.)

Revue pratique de droit français : jurisprudence, doctrine, législation, 1856-1884
(56 vol.)

Bulletin de la Société de législation comparée, 1876-à nos jours

1^{re} série (1876-1948) (71 vol.)

2^e série (1949-2016), sous l'intitulé : *Revue internationale de droit comparé*

Revue générale du droit, de la législation et de jurisprudence en France et à l'étranger,
1877-1938 (62 vol.)

Revue générale d'administration, 1878-1928 (134 vol.)

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1894-à nos
jours

Revue trimestrielle de droit civil, 1902-à nos jours

L'année administrative, 1904-1905 (2 vol.)

4. – Sources contemporaines sur notre sujet

4.1. – Ouvrages sur l'histoire du droit administratif et de l'administration

- LEGENDRE** Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, 1968 (2 éd.)
BURDEAU François, *Histoire de l'administration française : du 18^e au 20^e siècle*, 1989 (2 éd.)
MESTRE Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, 1985
BURDEAU François, *Histoire du droit administratif : de la Révolution au début des années 1970*, 1995
BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, 2002
PACTEAU Bernard, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, 2003
GOJOSSE Éric (dir.), *Les conseils de préfecture (an VIII – 1953)*, 2005
BIGOT Grégoire & **BOUVET** Marc (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, 2006
RENAUT Marie-Hélène, *Histoire du droit administratif*, 2007
TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *La doctrine publiciste, 1800-1880 : éléments de patristique administrative*, 2009
WEIDENFELD Katia, *Histoire du droit administratif du XIV^e siècle à nos jours*, 2010
BIGOT Grégoire, *L'administration française : politique, droit et société*, 2010-2014 (2 vol., le second tome avec la collaboration de Tiphaine **LE YONCOURT**)
CHAMBOST Anne-Sophie (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, 2014

4.2. – Ouvrages les contrats et marchés administratifs

- LÜTHJE** Uwe, *La technique juridique du contrat administratif en droit comparé*, 1963
LÜTHJE Uwe, *Die Theorie des contrat administratif im französischen Verwaltungsrecht*, 1964
DUPOUX Jean & **GROSGEORGE** Bernard, *Les marchés publics en France*, 1977
RICHER Laurent, *Les contrats administratifs*, 1991
RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 1995 (10 éd.)
SCHULTZ Patrick, *Éléments du droit des marchés publics*, 1996 (2 éd.)
FLOGAÏTIS Spyridon, *Les contrats administratifs*, 1998
LINDITCH Florian, *Le droit des marchés publics*, 2000 (6 éd.)
GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, 2004 (3^e éd.)
LICHÈRE François, *Droit des contrats publics*, 2005 (2 éd.)
YOLKA Philippe, *Droit des contrats administratifs*, 2013
UBAUD-BERGERON Marion, *Droit des contrats administratifs*, 2015
HœPFFNER Hélène, *Droit des contrats administratifs*, 2016

4.3. – Thèses de doctorat

- FORTSAKIS** Théodore, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, 1987 [1985]
- GUGLIELMI** Gilles-J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française : de la Révolution à l'arrêt CADOT (1789-1889)*, 1991 [1990]
- QUIOT** Gérard, *Aux origines du couple « gestion publique-gestion privée ». Recherche sur la formation de la théorie de la gestion privée des services publics*, 1992
- BEZANÇON** Xavier, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, 1999 [1997]
- BIGOT** Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, 1999 [1997]
- PLESSIX** Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, 2003 [2001]
- KALFLÈCHE** Grégory, *Des marchés publics à la commande publique. L'évolution du droit des marchés publics*, 2004
- TOUZEIL-DIVINA** Mathieu, *Le doyen FOUCART (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, 2007
- HÖPFFNER** Hélène, *La modification du contrat administratif*, 2009 [2008]
- SARLANDIE DE LA ROBERTIE** Aloys, *Essai sur l'émergence du concept de marché public en droit administratif (1789-1964)*, 2012
- FRACHON** Hugues, *Écrire l'histoire du droit administratif*, 2013

4.4. – Articles. – Sur des aspects touchant à l'histoire (doctrinale) des contrats administratifs

- LEPOINTE** Gabriel, « L'histoire des marchés de l'État en France », in [collectif], *Les marchés publics et leur financement*, 1963, p. 13
- SALON** Georges, « Gaston JÈZE et la théorie générale des contrats administratifs », in R.H.F.D. 1991, n° 12, p. 71
- QUIOT** Gérard, « La distinction entre État-administrateur et État-propriétaire : clef du partage des compétences juridictionnelles pour les litiges administratifs en France au début du 19^e siècle », in *Annuaire d'histoire administrative européenne* 1996, p. 65
- ALBERT** Jean-Luc, « L'institution d'un droit moderne de la commande publique au XIX^e siècle en France », in [collectif], *Mélanges en hommage à Bernard VONGLIS*, 2000, p. 39
- TOUZEIL-DIVINA** Mathieu, « Évolution d'un face à face : juge d'excès de pouvoir et contrat administratif (le retour à un contrat « ouvert » ?) », in KOUBI Geneviève & MULLER-QUOY Isabelle (dir.), *Sur les fondements du droit public*, 2003, p. 235
- MOREAU** Jacques, « La naissance de la clause exorbitante de droit commun comme critère du contrat administratif », in [collectif] *Études à la mémoire du professeur François BURDEAU*, 2008, p. 197
- GUGLIELMI** Gilles-J., « L'émergence d'une rationalité gestionnaire dans les théories du droit administratif au début du XIX^e siècle », in [collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques : élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX^e siècle (1815-1914)*, 2010, p. 253
- LEMESLE** Hélène, « Concurrence et publicité pour tous les marchés publics ? De la naissance d'un principe à sa mise en application dans la France du XIX^e siècle », in

[collectif], *L'invention de la gestion des finances publiques : élaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX^e siècle (1815-1914)*, 2010, p. 191

LEMESLE Hélène, « Réglementer l'achat public en France (XVIII^e-XIX^e siècle) », in *Genèses* 2010, n° 80, p. 8

MARCOVICI Émilie, « André de LAUBADÈRE, théoricien du droit des contrats administratifs », in *R.F.D.A.* 2010, p. 1240

PLESSIX Benoît, « La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs », in *Revue de droit d'Assas* 2011, n° 4, p. 46

RICHER Laurent, « Une tradition : le caractère réglementaire du droit des marchés publics », in [collectif], *Bien public, bien commun : mélanges en l'honneur de Étienne FATÔME*, 2011, p. 411

PLESSIX Benoît, « L'autonomie de la volonté et droit des contrats administratifs. Archéologie d'un silence », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2012, p. 183

GIACUZZO Jean-François, « L'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* : légende, réalité... et grandeur », in *A.J.D.A.* 2013, p. 2474

ROLIN Frédéric, « Le rôle de la pratique dans la construction du droit des contrats administratifs », in [collectif], *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent RICHER. À propos des contrats des personnes publiques*, 2013, p. 9

ROLIN Frédéric, « Les contrats de l'administration et la Première Guerre mondiale », in *Jus Politicum* 2016, n° 15 (disponible sur Internet)

4.5. – Articles. – Sur des approches critiques du concept de contrat administratif et de sa théorie (depuis 1960)

WALINE Marcel, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », in [collectif], *Études juridiques offertes à Léon JULLIOT DE LA MORANDIÈRE*, 1964, p. 631

LAMARQUE Jean, « Le déclin du critère de la clause exorbitante », in [collectif], *Mélanges offerts à Marcel WALINE : le juge et le droit public*, 1974 (2 vol.), t. 2, p. 497

WEIL Prosper, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés », in [collectif], *Mélanges en l'honneur du professeur Michel STASSINOPOULOS : problèmes de droit public contemporain*, 1974, p. 217

WEIL Prosper, « Le critère du contrat administratif en crise », in [collectif], *Mélanges offerts à Marcel WALINE : le juge et le droit public*, 1974, p. 831

DRAGO Roland, « Paradoxes sur les contrats administratifs », in [collectif], *Études offertes à Jacques FLOUR*, 1979, p. 151

VENEZIA Jean-Claude, « Réflexions sur le rôle de la volonté en droit administratif », in [collectif], *Études offertes à Pierre KAYSER*, 1979 (2 vol.), t. 2, p. 383

AUBY Jean-Marie, « Le contrat administratif français », in *Journées de la Société de législation comparée* 1981, p. 495

LORENS François, « Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », in [collectif], *Mélanges offerts à Max CLUSEAU*, 1985, p. 377

RAINAUD Jean-Marie, « Le contrat administratif, volonté des parties ou loi du service public ? », in *R.D.P.* 1985, p. 1183

LACHAUME Jean-François, « L'évolution du contrat administratif en droit français », in [collectif], *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, 1986, p. 68

Bibliographie

- TRUCHET** Didier, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in [collectif], *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, 1987, p. 185
- DRAGO** Roland, « Le contrat administratif aujourd'hui », in *Droits* 1990, n° 12, p. 117
- SINKONDO** Marcel H., « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », in *R.T.D. civ.* 1993, p. 239
- CHAUVIN** Francis, « Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration ? Limites et paradoxes d'une évolution contrastée », in [collectif], *Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE*, 1995, p. 95
- ROUQUETTE** Rémi, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », in *A.J.D.A.* 1995, p. 483
- BRUÈRE** Jean-Christophe, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », in *R.D.P.* 1996, p. 1715
- BEZANÇON** Xavier, « Typologie, contenu et droit comparé des contrats publics », in *Revue du marché unique européen* 1999, n° 3, p. 11
- GAUDEMET** Yves, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in [collectif], *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean GAUDEMET*, 1999, p. 613
- WALINE** Jean, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in [collectif], *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques GHESTIN*, 2001, p. 978
- BRENET** François, « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes », in *A.J.D.A.* 2003, p. 919
- MODERNE** Franck, « À propos de la codification du droit des contrats administratifs. Réflexions sur l'expérience française », in [collectif], *Études en l'honneur de Gérard TIMSIT*, 2004, p. 433
- GAUDEMET** Yves, « Le contrat administratif, un contrat hors-la-loi », in *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005, n° 17, p. 91
- BORELLA** François, « Les contrats administratifs et leur évolution », in *R.F.D.A.* 2006, p. 248
- ECKERT** Gabriel, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », in *R.F.D.A.* 2006, p. 238
- NICINSKI** Sophie, « Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs », in [collectif], *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, 2006 (2 vol.), t. 1, p. 45
- SEUBE** Jean-Baptiste, « Contrats de droit privé – contrats administratifs : points de convergence ? », in [collectif], *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, 2006 (2 vol.), t. 1, p. 367
- CLAMOUR** Guylain, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », in [collectif], *Contrats publics : mélanges en l'honneur du professeur Michel GUIBAL*, 2006 (2 vol.), t. 2, p. 637
- TIBERGHIE** Frédéric, « Le contrat en droit administratif », in *Dalloz* 2008, p. 1192
- DELVOLVÉ** Pierre, « Un droit des contrats sans *summa divisio* serait-il possible ? », in BONNET Baptiste & DEUMIER Pascale (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, 2010, p. 257
- GAUDEMET** Yves, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », in *R.D.P.* 2010, p. 313

INDEXONOMASTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes ; lorsqu'ils sont surlignés en gras, cela signifie qu'en plus du paragraphe expressément visé, le renvoi englobe ceux qui le suivent immédiatement.

Les chiffres romains renvoient aux numéros des paragraphes de l'introduction (non aux pages de celle-ci), et les chiffres arabes aux numéros des paragraphes du corps de la thèse.

AMFREVILLE Jacques-Guyot (de)	417, 532, 559, 563
APPLETON Jean	350, 542, 559
ARRIGHI Pascal	581, 582
AUCOC Léon	145, 152 , 256 , 262, 268, 281 , 290 , 320 , 328, 356
AUDEBAUD Christian	580
AUMONT A.	117 , 266, 395
BARTHÉLEMY Joseph	387, 406, 462
BATBIE Anselme-Polycarpe	108 , 123, 128, 133, 143 , 151 , 235, 241 , 252, 256, 261, 266, 282 , 382, 395
BÉNOIT Francis-Paul	579, 589, 591, 599
BÉQUET Léon	153
BERNARD Fernand	116, 554
BERTHÉLEMY Henry	154, 318 , 328 , 349 , 369, 431, 445 , 462, 472, 476, 509, 531, 533, 550, 554, 571, 583
BEUDANT Charles	422
BEZANÇON Xavier	ix
BIGOT Grégoire	6 , 18, 23, 32 , 53, 61 , 86, 102, 257, 272, 289, 329, 351, 356, 556
BLANCHE Alfred-Pierre	132
BLOCK Maurice	132
BLONDEAU Ange	524, 558, 582
BLUM Léon	345 , 388 , 453, 534, 538, 577
BŒUF François	266, 395
BOILEUX Jacques-Marie	115, 395
BONIN Charles-Jean-Baptiste	4-16, 22 , 29, 44, 56, 57, 70 , 158, 161, 163 ,
BONNARD Roger	495, 550
BOULATIGNIER Joseph-Sébastien	117, 122, 163 , 202, 223 , 230, 272, 292, 395, 403
BOURDON Édouard	377
BRÉMOND Jules	285
BRENET François	i, iv, xxiii, 36 , 409
BROGLIE Victor (de)	55, 60, 72 , 85 , 193 , 196, 212, 230, 605
BURDEAU François	i, xx , 6, 8 , 18, 83, 102, 108, 121, 132, 168, 272, 329, 607
CABANTOUS Louis-Pierre-François	110, 123, 245 , 252, 255 , 259, 263 , 284, 328 , 395
CAPITANT Henri	416, 422 , 432, 474, 484, 492, 527, 596

CHANTAGREL Jean	120, 266, 395
CHARMONT Joseph	424, 446
CHAUVEAU Adolphe	110 , 133, 147, 208, 211 , 216
CHRISTOPHLE Albert	180, 362 , 382, 395
CILLEULS Alfred (des)	104, 429
COLIN Ambroise	422 , 432, 596
COLIN Maurice	265, 285, 395
COLSON Clément	382, 395
CORMENIN Louis-Marie (de)	18 , 30, 40, 44 , 53, 60, 63 , 74, 76, 82, 85, 88, 93, 101, 104, 126 , 164, 167, 188 , 214, 227, 294,
CORNUDET Léon	233
COTELLE Toussaint-Ange	111, 142, 207
CRUET Jean	440, 496
CUVIER Georges	68 , 75
DALLOZ Armand	106
DALLOZ Désiré	18, 20, 27, 53, 101, 130 , 136 , 184 , 191, 199, 203, 213, 216, 357
DARESTE (de LA CHAVANNE) Rodolphe	128, 145 , 291, 293
DEBBASCH Charles	589
DEBEYRE Guy	574, 579, 588
DEGOUY L.-J.-Horace	118
DELALLEAU Charles	395
DELAMAIN Maurice	382 ,
DELAMALLE Gaspard-Gilbert	66, 83
DELOYNES Paul	117, 265, 395
DEMOGUE René	421, 441, 509, 513
DEREUX Georges	424, 435 , 441
DESBATS A.-Gabriel	482
DESGRANGES Eugène	582, 594
DESORMEAUX C.-P.	4, 10
DIEUDONNÉ Alfred	120, 265, 395
DOUYSET Paul	558
DUCROCQ Gabriel-Auguste-Théophile	382
DUEZ Paul	532, 560, 579, 588
DUFAU Jean	iv, 578
DUFOUR Gabriel	127 , 134 , 212, 214, 216, 230 , 263, 382, 395, 403, 405
DUFOURMANTELLE Roger	484
DUGUIT Léon	325, 330 , 341 , 380, 383, 387 , 425 , 448, 456, 570
ENOU Louis	363, 382
FAVARD DE LANGLADE Guillaume-Jean	36, 44, 47, 51, 139, 191, 203
FICHES	73, 193
FLEURIGEON	9
FOIGNET René	265, 395, 554
FORTSAKIS Théodore	102, 132, 145, 147
FOUCART Émile-Victor-Masséna	105, 115 , 121, 123, 143, 148 , 152 , 173, 178, 181, 184, 203 , 207, 214, 216 , 223 , 239 , 248 , 254, 281, 292 , 322, 395, 403,
FRACHON Hugues	xx, xxij

FUZIER-HERMAN Édouard	289
GANDILLOT René	116 , 395
GAUDEMET Eugène	414, 433, 443
GAUDEMET Yves	iv , 36 , 409
GAUTIER Alfred	121, 123, 265, 284 , 291, 358, 363, 395
GÉNY Bernard	522
GÉNY François	414 , 421, 423, 432, 440, 446
GÉRANDO Joseph-Marie (de)	34, 38, 51, 54 , 108 , 117, 143, 161 , 168 , 175, 181, 203, 214, 225, 239 , 248 , 254, 298
GODART DE BELBEUF Pierre-Claude-Raoul	281
GOMEL Charles-Samson	283, 296
GOUGEON Charles	123
GOUNOT Emmanuel	421, 434, 437, 438
GUGLIELMI Gilles-J.	ix, xxij, 18, 23, 109, 169, 251
HAURIOU André	503, 550
HAURIOU Maurice	18, 144, 153 , 297 , 320, 322 , 332 , 335, 341, 345 , 361, 367 , 381, 387, 390, 393 , 429, 433 , 454 , 477 , 484, 520 , 531 , 544 , 550 , 556, 559 , 569, 571 , 579, 584, 600
HIMARIO C.	564
HËPFFNER Hélène	v, 607
HUARD-DELAMARRE Ambroise	133, 172, 226
ISAMBERT François-André	18 , 95, 125, 132
JACQUELIN René	286, 317 , 326 , 378 , 425, 470, 497, 517, 530, 562
JÈZE Gaston	303, 316 , 323, 326, 330 , 334, 340 , 349 , 381, 386 , 393, 406 , 410, 418, 426, 448, 453, 457, 462, 463 , 472, 479, 494 , 499, 512 , 516 , 530 , 543 , 550 , 556 , 563, 567 , 575 , 591 , 597, 600, 601
JOSSERAND Louis	425, 492, 501 , 527
JOURNÉ Maurice	116, 554
JOUSSELIN Joseph	211, 269
JOUE Elzéar-Elie	358, 363
KALFLÈCHE Grégory	ix, xxij, 179, 181, 324, 364, 396, 405, 603
L'HUILLIER Jean	iv, 578
LA ROCHEFOUCAULD Gaëtan (de)	63, 71, 76, 79, 196
LA TASTE Léon (de)	429, 476, 478, 482, 524
LE BALLEUR A.	119, 395
LE CLÈRE Julien	571
LE RAT de MAGNITOT Albin	133, 172, 226
LAFERRIÈRE Édouard	109 , 153, 283 , 290 , 303 , 307, 320 , 328, 337 , 354, 364, 366 , 382, 395, 402, 404, 422, 472, 517, 543, 605, 605
LAFERRIÈRE Julien	316, 531, 567, 575
LAFERRIÈRE Louis-Firmin	121, 123, 127, 135, 141, 143, 146 , 149, 151 , 181, 203, 205, 207, 214 , 225, 227, 239 , 252, 253, 270 , 322
LAHILLONNE Georges	532
LAMARQUE Jean	598

LAUBADÈRE André (de)	553, 579, 589, 590 , 596 , 605
LECHALAS Georges	382, 395
LEDRU-ROLLIN Alexandre	19 , 138, 213, 235
LEGENDRE Pierre	xxi, 18, 102
LOCRE (de Roissy) Jean-Guillaume	39 , 43 , 46, 49 52, 65, 71
MACAREL Louis-Antoine	18 , 24 , 30, 36, 42, 47 , 53, 55, 63 , 72, 74, 82, 89, 92, 95, 97, 123, 125 , 132, 149, 163 , 187, 191 , 203, 206, 225, 227, 230, 240, 281, 357, 403
MARIE Jean-François	117, 395
MARIN Fernand	116, 395
MAZEAUD Henri	596
MAZEAUD Jean	596
MAZEAUD Léon	596
MERLIN (dit de DOUAI) Philippe-Antoine	18, 20, 53 , 126, 211
MESTRE Achille	xx, 323, 339, 406, 409, 414, 461, 542, 544 , 553, 561, 575, 577 , 583
MESTRE Jean-Louis	ix, xxi , 4, 8, 60, 329
MEYNIAL Edmond	433
MONSARRAT Gaston	349, 358, 385, 390, 524, 571
MOREAU Félix	116, 333, 395, 447, 455, 462, 537
MOREL André	348, 466, 512 , 516 , 520, 531, 575, 605, 605
MORIN Gaston	411, 443 , 489 , 490 , 493, 500, 507, 572
NÉZARD Henry	323, 328, 350, 402, 425
PACTEAU Bernard	18, 60, 194, 274, 303
PEISER Georges	589
PELLOT Alexandre	117, 119, 266, 270, 395
PERREAU Ernest-Hippolyte	497, 502, 531
PÉQUIGNOT Georges	i, iv, 297, 335 , 471, 532, 565 , 571 , 581, 591, 597, 600, 605, 607
PÉRIER Arsène	288, 297, 357 , 363, 365, 531
PERRIQUET Eugène	243, 288, 291 , 297, 358, 363, 382, 395
PICHAT Georges	343 , 465
PICHON Louis-André	90
PICHON Victor	436
PLANIOL Marcel	371, 374, 381, 422 , 432 , 435, 492, 494, 596
PLESSIX Benoît	ij, v, vij, ix , xij , 18, 34, 37, 55, 94 , 102, 108, 113, 121, 168 , 184, 364, 409 , 416, 426, 506, 556, 599, 603
PORTIEZ (de l'Oise) Louis-François	4 , 12 , 16, 17, 22, 29, 56, 57, 158, 161, 163
PRADIER-FODÉRÉ Paul	117, 253, 395
PROUDHON Jean-Baptiste-Victor	206
QUÉNAULT Hyppolite-Alphonse	90, 219
QUENTIN-BAUCHART Alexandre	280, 284
RÉGLADE Marc	532, 560
RENARD Georges	501, 503, 521 , 527, 539, 554, 568 , 572, 584
REVERCHON Émile	147, 149 , 233, 267, 279, 281
RICHARD Guillaume	115 , 416, 546, 583
RICHER Laurent	i, viij, 175, 178, 409

RIPERT Georges	492, 494, 500, 596
RIPERT Henri	391
RIVERO Jean	411, 453, 556, 571, 579, 589, 591, 595
ROBERT Charles-Frédéric	267
ROLIN Frédéric	471, 476, 480
ROLLAND Louis	386 , 392, 394, 406, 408, 477, 549, 550 , 560, 571, 583, 588
ROMIEU Jean	336 , 342, 345, 348, 389, 429
ROUVIÈRE Jean	562 , 581
SAINCTELETTE Charles (de)	372, 374
SAINT-GIRONS Antoine	274, 289, 306
SALEILLES Raymond	372, 375, 412, 421, 428 , 431 , 435, 449, 456, 460
SALON Georges	i, vi, 597
SARLANDIE DE LA ROBERTIE Aloys	vij, ix, xxij, 410, 556, 603
SCELLE Georges	378
SERRIGNY Denis	128, 130, 152 , 181, 219 , 223, 228, 232, 234, 281, 294
SIMÉON Henri	75, 87, 93
SIMONET Jean-Baptiste	155, 345, 382, 395
SIREY Jean-Baptiste	19 , 24 , 34, 40, 42, 44 , 53 , 56, 60, 64, 74, 82 , 88, 93, 95, 97, 101, 111, 183, 191 , 196, 201, 294
SUDRE Jacques	561, 563
TARBÉ DE VAUXCLAIRS Jean-Bernard	133, 226, 230, 231
TARDE Gabriel	420
TEISSIER Georges	389 , 393
TÉTREAU Louis	358, 531, 535, 571
TOUZEIL-DIVINA Mathieu	iv, vi , viij, x, xvij, xix, 5, 10, 18, 36, 96, 103, 105 , 108 , 115 , 154, 184, 414, 540
TROLLEY Alfred	101, 147, 149, 152 , 181, 210, 216, 225, 229, 232, 234, 249, 252, 295, 322, 403
TROTABAS Louis	116, 576 , 584, 586
VAQUETTE Théodule	119, 395
VAUVILLIERS Émile	120, 266, 395
VEDEL Georges	i, 553, 572, 586 , 589, 591, 593 , 605
VIVIEN Alexandre-François-Auguste	193, 198, 200 , 253 , 261, 266
VUITRY Adolphe	233
WAHL Albert	580
WALINE Jean	509
WALINE Marcel	509, 546 , 549 , 553, 571, 581, 583, 585 , 588 , 591 , 597 , 605
WORMS René	527
YOLKA Philippe	i, 335, 571

INDEX RERUM

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes ; lorsqu'ils sont surlignés en gras, cela signifie qu'en plus du paragraphe expressément visé, le renvoi englobe ceux qui le suivent immédiatement.

Les chiffres romains renvoient aux numéros des paragraphes de l'introduction (non aux pages de celle-ci), et les chiffres arabes aux numéros des paragraphes du corps de la thèse.

Acte administratif

Actes d'autorité/de gestion	72-80, 193-194, 259-268, 282-290, 316-336, 350
Actes de gestion publique/de gestion privée	54-55, 332-333, 378-382
Confrontation de l'... avec le pouvoir destitution	9-10
Conception de l'... comme un vecteur d'une discipline réformatrice	11-15

Agent du gouvernement

Distinction avec le fournisseur (<i>v. Fournisseur</i>)	18-28
---	-------

Baux administratifs

Distinction des... avec les marchés de fournitures	29-35, 53-55, 91-92, 183-192,
Distinction entre les baux immobiliers et les baux de droits incorporels	223-238

Bureaucratie	5-8
---------------------------	-----

Cahier des clauses et conditions générales

Réformation du... au cours du second XIX ^e siècle	356-364
--	---------

Clauses exorbitantes du droit commun

« Civilisation » des marchés administratifs	365-370
Critique de l'arrêt <i>Société des granits porphyroïdes des Vosges</i>	345-352, 351, 463-468, 533-536
Définition du concept de contrat administratif dans l'Entre-deux-guerres .	537-541, 542-549, 557-561, 562-564

Concessions de service public

Actes de collaboration	378-382, 386-396, 455-457, 520-527
Conception de la responsabilité publique à travers les... ..	388-394
Concession de travaux publics	170-172, 382-383, 391-396, 397-406
Effet relatif des contrats	371-382
Monopoles communaux	391-392, 398-399, 404
Principe de l'immutabilité des contrats	385-406

v. Littérature doctorale

Conseil d'État

v. Juridiction administrative

v. Littérature camérale

Conseils de préfecture

v. Juridiction administrative

Contentieux administratif

- Contentieux de l'annulation 316-323
- Contentieux de pleine juridiction 322-323, 324-333
- Contestation du contentieux administratif (*v. Littérature camérale*)
- Critiques du contentieux contractuel de l'administration 68-79, 193-200, 263-264, 278-288, 303-313, 320-321, 326-327
- Critiques du... au point de vue de considérations gestionnaires 68-79, 93-98
- Distinction entre l'État-administrateur et l'État-propriétaire 184-200, 203-216, 223-236

Contrat

- Assimilation du... au droit administratif 516-527, 542-554, 567-574, 575-584
- Critique du rôle du juge dans l'exécution du... 491-492, 512-515, 516-519
- Doctrines de l'autonomie de la volonté (critique de la) 420-423, 430-439, 484-494, 495-506
- Figuration du... comme emblème du droit privé 424-426, 440-446, 495-506
- Marginalisation du... comme hétérogène au droit public 426, 440-446, 454-462, 463-468, 509-510
- Opposition entre l'exécution instantanée des... et les relations collaboratives de longue durée 454-462, 479, 520-521
- Publicisation du... 444-445, 500-506, 546-547
- Unicité des... (théorie de l') 449-453, 511
- v. Littérature doctorale*

Contrat administratif

- Acception contentieuse du... 184-186, 217-221, 316-323, 324-332
- Assimilation du... au travers de la théorie civile des contrats 572, 575-581, 595, 596
- « Civilisation » des... 356-364
- Conceptualisation des... 542-549, 567-574
- Critique des jurisprudences prétendument fondatrices du... 335-352
- Marginalisation du... dans la conception du contentieux administratif 259-268, 316-323, 324-332
- Privatisation du... 546-547, 562-

564, 575-583	
Théorisation des...	550-554, 556-
564, 571-572	
<i>v. Littérature doctorale</i>	
Contrat d'adhésion	
Assimilation des contrats d'adhésion à la théorie institutionnelle	454-462
Critiques des contrats d'adhésion	430-439, 449
Interprétation judiciaire des contrats	430-433, 491-
494, 513-514	
<i>v. Littérature doctorale</i>	
Contrat d'utilité publique	
Stipulation pour autrui	371-377
Stipulation passées au profit des usagers d'un service public	378-385
<i>v. Littérature doctorale</i>	
Contrat de travail	444-445
Dépens (condamnation de l'État aux... dans les litiges administratifs)	267-268
Doctrine	
Doctrine administrative (<i>v. Littérature administrative</i>)	
Doctrine publiciste (autonomisation de la)	426, 446-447,
448-468	
Renouveau de la...	409-418
Droit administratif	
État-débiteur (théorie de l')	269-276, 338-
340	
Gestion privée (théorie de la)	332-333, 341-
342, 343-350, 465-466, 530-541, 575-577	
Gestion publique (théorie de la)	332-333, 341-
342, 343-350, 405-406	
Préjugés affectant le...	253-257
Représentation du ... suivant des préoccupations gestionnaires	161-173, 239-
252	
Droit commercial	
Convergences du... avec le droit administratif	29-34, 47-52
Enseignement universitaire du Droit	
Réforme de l'... pour l'examen de licence	586-589
Force majeure (théorie de l')	
<i>v. Imprévision (théorie de l')</i>	
Fournisseur	
Distinction avec l'agent du gouvernement (<i>v. Agent du gouvernement</i>)	18-28
Distinction avec le régisseur (<i>v. Régisseur</i>)	25-28

Imprévision (théorie de l')

- Consécration de la théorie de l'... par le Conseil d'État 474-476, 477-480
- Critique de la théorie de l'... 482-494, 495-507, 511
- Différenciation entre la théorie de l'... et la théorie de la force majeure 474, 477-480, 485-486, 491-492, 512-515
- v. Littérature doctorale*

Juridiction administrative

- Administrateur-juge (théorie de l') 288
- Compétence arbitrale du Conseil d'État 68-71
- Conseil d'État (controverses sur le) 68-80, 82-98, 193-200, 303-314
- Conseils de préfecture (controverses sur les) 273-274
- Juge-administrateur 512, 516-517
- Juridiction ministérielle (critiques de la) 263-274, 278-297
- v. Littérature camérale*

Littérature administrative

- Littérature compilatrice 108-113
- Littérature praticienne de divulgation 125-139
- Littérature prétorienne 18-23
- Littérature savante de systématisation 141-156
- Littérature universitaire de vulgarisation 115-123

Littérature camérale

- Concessions de service public (débat parlementaire relatif aux pensions de retraites des cheminots. – *Troisième République*) 385-386
- Conseil d'État (débat parlementaire afférent au... – *Restauration*) 59-66, 68-80, 82-98
- Conseil d'État (débat parlementaire afférent au... – *Monarchie de Juillet* et *Deuxième République*) 192, 193-201
- Conseil d'État (débat parlementaire afférent au... – *Troisième République*) 303-314
- Fournitures militaires (débat parlementaire sur le règlement des... passées pour les guerres napoléoniennes) 166-167
- Imprévision (débat parlementaire relatif à l'arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*) 518-519
- Imprévision (débat parlementaire relatif à l'introduction de la théorie de l'... pour les marchés commerciaux) 518-519
- Passation des marchés de l'État (débat parlementaire sur la réglementation de la... – *Monarchie de Juillet*) 175-178
- Passation des marchés de l'État (débat parlementaire sur la réglementation de la... – *Troisième République*) 179-180
- Justifications à l'emploi de la... dans nos travaux xvi

Littérature doctorale

- Concessions et marchés (thèses sur les... entre les années 1930-1960) 582
- Concessions (thèses sur les... entre les années 1890-1910) 397-402
- Contentieux administratif contractuel (thèses sur la redéfinition du...) 328-329, 558-

564	Contrats d'adhésion (thèses sur les...)	434-439
	Contrats d'utilité publique (thèses sur les...)	374-379
	Contrats administratifs (thèse de PÉQUIGNOT sur les...)	567-574
	Imprévision (thèses sur la théorie de l'...)	483-491, 509-
511	Juridiction administrative (thèses sur la...)	326-329
	Marchés de fournitures et de travaux publics (thèse sur les...)	365-369
	Mutation du concept contractuel en droit privé (thèses sur les...)	486-487
	Justifications à l'emploi de la... dans nos travaux	xv et 483
Marchés de fournitures de l'État		
	Exécution unilatérale et provisoire de l'administration	36-55, 184-192, 289-297
	Des... conçus comme un vecteur de l'action administrative	82-98, 184-192, 193-201
	<i>v. Clauses exorbitantes du droit commun (v° « Civilisation » des marchés administratifs)</i>	
	<i>v. Juridiction administrative (v° Juridiction ministérielle (critiques de la))</i>	
	<i>v. Littérature doctorale</i>	
Marchés de travaux publics		
	<i>v. Clauses exorbitantes du droit commun (v° « Civilisation » des marchés administratifs)</i>	
	<i>v. Littérature doctorale</i>	
« Matières administratives »		
	<i>v. Littérature administrative (v° Littérature praticienne de divulgation)</i>	
	<i>v. Littérature administrative (v° Littérature universitaire de vulgarisation)</i>	
Ministres (juridiction des)		
	<i>v. Juridiction administrative</i>	
Privilège du préalable		
	<i>v. Marchés de fournitures (v° Exécution unilatérale et provisoire de l'administration)</i>	
Procédure de passation des marchés de l'État		
	<i>v. Littérature camérale</i>	
Régisseur		
	Distinction avec le fournisseur (<i>v. Fournisseur</i>)	25-28

TABLES DES MATIÈRES

HISTOIRE DOCTRINALE D'UNE MISE EN DISCOURS : DES CONTRATS DE L'ADMINISTRATION AU CONTRAT ADMINISTRATIF (1800-1960)

Sommaire	i
----------------	---

Table des abréviations et conventions employées pour les citations	iiij
--	------

Introduction

Quelle histoire ? pour quels contrats ? Pour en dire quoi ?

Paragraphe premier. – Les difficultés méthodologiques d'une histoire attirée aux enjeux du droit contemporain

§ 4. – « Une controverse d'un autre âge » ? Le débat lancinant de la nature du contrat administratif	xiiij
§ 6. – La mobilisation de l'histoire à une controverse contemporaine : une méthode historique desservie par ses usages	xvi
§ 7. – Une histoire sans acteur, un passé sans intérêt : la doctrine administrative du XIX ^e siècle reléguée aux catacombes	xviiij
§ 9. – Les contrats administratifs saisis par l'histoire : mais pour quelle histoire ?	xxi

Paragr. 2. – Pour une histoire *doctrinale* d'une *mise en discours* des *contrats de l'administration*

§ 11. – Promotion d'une méthode. 1. – Une histoire des <i>contrats de l'administration</i>	xxiv
§ 12. – Promotion d'une méthode. 2. – Une histoire <i>de la mise discours</i> des contrats de l'administration	xxiv
§ 13. – Promotion d'une méthode. 3. – Une histoire des contrats de l'administration au travers des <i>discours doctrinaux</i>	xxvi
§ 15. – Présentation des sources employées ; précisions sur les littératures doctorale et camérale	xxix
§ 17. – Une méthode affectée de limites. 1. – Valorisation des discours doctrinaux par rapport aux doctrines originales des auteurs insignes	xxxiiij
§ 18. – Une méthode affectée de limites 2. – Opportunité d'une histoire de l'économie du livre et de l'édition juridiques	xxxiv
§ 19. – Une méthode affectée de limites. 3. – Champs de recherches ignorés à escient	xxxvi

Paragr. 3. – La salutaire diversification des courants historiographiques en droit administratif : pour une histoire <i>doctrinale</i> du XIX ^e siècle	
§ 20. – Une histoire des contrats de l’administration parmi les histoires du droit administratif. 1. – La surévaluation des « illustres »	xxxix
§ 21. – Une histoire des contrats de l’administration parmi les histoires du droit administratif. 2. – La surexposition de la juridiction administrative et du contentieux administratif	xlij
§ 22. – La multiplicité des perspectives historiographiques : le concours d’une histoire doctrinale	xliv
§ 23. – Comment situer des travaux historiques parmi la recherche doctorale contemporaine sur les contrats administratifs ?	xlvi
Paragr. 4. – Présentation de notre problématique et du plan correspondant	
§ 24. – Justification du titre	li
§ 25. – Justification des bornes chronologiques choisies	lij
§ 26. – Présentation du plan	liv
Positions de thèse	lvij

PREMIÈRE PARTIE

LES CONTRATS DE L’ADMINISTRATION : LES NAISSANCES D’UN SUJET DOCTRINAL (1800-1890)

Titre premier

Les marchés de fournitures de l’État employés à définir l’administration publique (1800-1830)

Chapitre premier

Les contrats de l’administration, un sujet marginalisé

Section première. – L’administration publique placée au cœur d’un nouveau dispositif institutionnel

§ 4. – Mise en valeur des sources employées	5
§ 5. – L’administration publique, conçue comme l’organe d’une société réglée	7
§ 7. – Le spectre de l’Ancien Régime ou le souci de conjurer la « <i>bureaucratie</i> »	10

Sect. 2. – Les actes de l’administration publique appréhendés au regard d’une conception hiérarchisée

§ 9. – Le pouvoir de destitution : la réprobation d’un dispositif répressif délétère	14
§ 11. – Les actes administratifs : le vecteur d’une discipline réformatrice	16
§ 13. – L’assimilation des contrats de l’administration aux actes administratifs : la prédominance des préoccupations disciplinaires	20
§ 15. – Les contrats de l’administration : un sujet accidentel	22

Chapitre 2

Délimiter l'administration publique en situant ses fournisseurs

Section première. – Spécifier les fournisseurs (*parmi les individus appelés à concourir au fonctionnement de l'administration*)

§ 18. – De l'intérêt de la littérature prétorienne	25
§ 22. – La littérature prétorienne : un autre regard oblique	33
§ 24. – Qualifier le fournisseur, distinguer l'agent administratif	35
§ 25. – Spécifier les fournisseurs : des réflexions employées à formaliser les contours de l'administration publique	37
§ 27. – Distinguer l'agent administratif, le régisseur et le fournisseur : concevoir plusieurs manières de servir l'administration	40

Sect. 2. – Caractériser les fournisseurs (*pour institutionnaliser un mode de délégation de l'administration*)

§ 29. – Conférer à l'administration publique une identité en marginalisant la spéculation	44
§ 31. – Convergences entre droit administratif et droit commercial : distribuer et régler les représentations	46
§ 33. – Convergences entre droit administratif et droit commercial : organiser des délégations institutionnalisées	48

Chapitre 3

Spécifier l'action administrative en caractérisant les marchés de fournitures

Section première. – Les marchés de fournitures : un contrat mis en œuvre par l'autoritarisme administratif

§ 36. – « Le contrat n'est pas né contrat » ?	51
§ 37. – Difficultés méthodologiques	52
§ 38. – Les marchés de fournitures : des contrats ordinaires par leur nature, exécutés par voie administrative	54
§ 40. – Le principe d'une spécificité : déroger au principe de la médiation judiciaire pour l'exécution des marchés de fournitures	56
§ 42. – La raison d'une spécificité : procurer à l'administration les moyens de diriger l'exécution (unilatérale et provisoire) des marchés	58
§ 43. – Articuler l'exécution des marchés de fournitures à l'action administrative	60
§ 45. – Concilier le contrat avec une direction autoritaire de l'action administrative : une exécution unilatérale harmonisée avec le respect des droits privés	62

Sect. 2. – Une différenciation des contrats de l'administration conçue à partir de l'action administrative

§ 47. – Adapter le droit civil pour en préserver l'autorité	65
§ 49. – Convergences entre droit administratif et droit commercial : des droits spéciaux articulés au droit commun	66
§ 51. – Primat du droit civil et spécialité des droits administratif et commercial	69
§ 53. – Contrat administratif, contrat judiciaire... des locutions symétriques	72
§ 54. – Distinguer les baux administratifs des marchés de fournitures	73
§ 55. – Une différenciation des contrats de l'administration, étayée sur une analyse de leur destination	75
§ 56. – Conclusion du titre I	78

Titre II

Les marchés de fournitures de l'État saisis par les controverses sur le Conseil d'État (1815-1830)

Chapitre premier

Appréhender un contentieux contractuel : les enjeux d'une critique du Conseil d'État

Section première. – Les ressorts des critiques adressées au Conseil d'État sous la Restauration

§ 59. – Du Conseil d'État aux marchés de fournitures : les ressorts d'un dynamisme doctrinal	83
§ 61. – Les vicissitudes du Conseil d'État sous la Restauration	86
§ 63. – De la constitutionnalité du Conseil d'État à la légalité de sa juridiction contentieuse : l'évolution d'une critique	89

Sect. 2. – Les marchés de fournitures saisis au travers des controverses afférentes au Conseil d'État

§ 64. – La littérature polémique sur le Conseil d'État	92
§ 65. – La discussion des marchés de fournitures au travers des controverses sur le contentieux administratif	93
§ 66. – Trois conceptions concurrentes pour appréhender la juridiction contentieuse du Conseil d'État	94

Chapitre 2

Judicialiser les marchés de fournitures : une négation du contentieux administratif

Section première. – Marchés de fournitures et contentieux administratif : un rapprochement toléré

§ 68. – De la négation du Conseil d'État comme tribunal, au compromis de la compétence arbitrale pour les marchés de fournitures	97
§ 70. – La compétence arbitrale du Conseil d'État : une option pragmatique	100

Sect. 2. – Une critique du contentieux contractuel employée à dénoncer l'existence d'un contentieux administratif

§ 72. – Le contentieux contractuel : un contentieux en butte aux critiques afférentes au contentieux administratif	103
§ 74. – Une (dis)qualification du contentieux administratif suspendue à une appréhension controversée du contentieux contractuel	105
§ 76. – Le contentieux des fournitures : une attribution discréditée au point de vue de ses incidences pécuniaires	108
§ 77. – La promotion de la compétence judiciaire : le revers d'une critique de la juridiction administrative, corruptrice du Droit	109
§ 79. – La prégnance de considérations gestionnaires dans les doctrines favorables à la compétence judiciaire	112

Chapitre 3

Singulariser les marchés de fournitures : une promotion du contentieux administratif

Section première. – Une appréhension du contentieux contractuel déterminée par la défense du Conseil d'État

§ 82. – La consécration d'une conception originale des marchés de fournitures, employée à justifier la juridiction administrative	115
§ 83. – Une conception soulignant les procédés spécifiques à l'exécution des marchés de fournitures	117
§ 85. – Une conception des marchés de fournitures, coextensive de l'action administrative	120
§ 87. – Garder les marchés de fournitures au contentieux administratif, ou maintenir l'administration sous une tutelle éclairée	123
§ 89. – Les marchés de fournitures, des contrats aux rapports inégalitaires ?	126
§ 90. – Les fournisseurs : administrés assujettis ou agents irrévocables de l'administration ?	127
§ 91. – Les marchés de fournitures et les baux administratifs : distinguer pour caractériser	128

Sect. 2. – Les marchés de fournitures partagés entre deux manières de concevoir une administration régulière

§ 93. – Une attribution contentieuse justifiée par l'intérêt du Trésor ?	131
§ 94. – Une attribution contentieuse réduite à un argument textuel ?	132
§ 96. – De la critique de la juridiction administrative à la formalisation d'une conception libérale de l'administration (BROGLIE)	135
§ 97. – De la défense de la juridiction administrative à une appréhension gestionnaire de l'action administrative (HENRION DE PANSEY)	136
§ 98. – Deux manières de penser la rationalisation de l'action administrative	138
§ 99. – Conclusion du titre II	140

Titre III

De la nécessité d'une histoire des littératures administratives avant d'envisager une histoire doctrinale (1815-1890)

§ 101. – Une doctrine sans livres ? des livres sans auteurs ?	144
§ 104. – Appréhender la doctrine administrative comme <i>media</i>	148
§ 106. – Proposition d'une classification des littératures administratives	152
Tableau. – Essai de classification des administrativistes du XIX ^e siècle	156

Chapitre premier

La doctrine compilatrice

§ 108. – Une littérature abusivement dépréciée de nos jours	159
§ 109. – Apprécier une littérature d'après sa réception	160
§ 111. – Une littérature connexe à des entreprises doctrinales diverses	162
§ 112. – Une littérature empreinte d'une richesse doctrinale contrastée	164

Chapitre 2

La doctrine universitaire de vulgarisation

Section première. – Une littérature déconsidérée par ses contemporains

§ 115. – Une littérature affectée de préjugés dépréciatifs	167
§ 116. – Une littérature pédagogique principalement extérieure au corps universitaire	169
§ 117. – L'épure d'un genre littéraire spécialement conçu pour les étudiants	172

Sect. 2. – Une littérature conçue pour la révision des examens

§ 118. – De l'intérêt de la littérature universitaire de vulgarisation pour l'histoire	174
§ 119. – Organiser une littérature conçue pour les étudiants : les « matières administratives »	175
§ 121. – Une littérature façonnée par les contraintes académiques de l'enseignement universitaire du droit administratif	177
§ 123. – Une littérature aux marges imprécises : des précis universitaires au cours de MACAREL	180

Chapitre 3

La doctrine praticienne de divulgation

Section première. – Une littérature hétéroclite destinée à un lectorat hégémonique : les praticiens

§ 125. – Des principales caractéristiques de la littérature praticienne de divulgation	183
§ 126. – Un exemple topique de cette littérature : les <i>Questions de droit administratif</i> de CORMENIN	185
§ 127. – Une littérature promue par la dépréciation des ouvrages théoriques	186
§ 128. – Une littérature plurielle dans ses manifestations	188
§ 130. – De l'épanouissement d'une littérature essentiellement destinée à un nouveau lectorat praticien	190

Sect. 2. – Une littérature fonctionnelle conçue pour divulguer la littérature savante

§ 132. – Des formats éditoriaux adoptés par la littérature praticienne de divulgation	193
§ 134. – De l'emploi des « matières administratives »	196
§ 136. – Un <i>media</i> idoine pour divulguer les doctrines savantes des administrativistes	199
§ 138. – La doctrine praticienne de divulgation : pierre angulaire de la littérature administrative	201

Chapitre 4

La doctrine savante de systématisation

Section première. – Une littérature savante portée à promouvoir le droit administratif au sein d'une culture juridique civiliste

§ 141. – La doctrine de systématisation : une littérature savante essentiellement universitaire	203
§ 143. – Trente ans d'une doctrine administrative « mise à la question » <i>via</i> la réception du plan de BATBIE	205

§ 145. – La conception du plan de BATBIE : une stratégie de séduction à l'adresse des civilistes	208
§ 146. – Une littérature dynamique par la multiplicité de ses essais doctrinaux : un contre-témoignage des contemporains de BATBIE	210
§ 147. – La recherche d'une méthode rationnelle pour contribuer à la formalisation d'une science du droit administratif	211

Sect. 2. – Une littérature savante employée à étayer des représentations du droit administratif

§ 148. – La définition des traités : esquisse d'un genre littéraire	214
§ 150. – La mise en valeur du plan : un expédient à l'impossibilité d'une codification du droit administratif	215
§ 152. – Convaincre de la scientificité du droit administratif	217
§ 153. – Le traité d'Édouard LAFERRIÈRE : un essai pour cantonner la doctrine universitaire dans le giron du Conseil d'État	218
§ 154. – Le précis de Maurice HAURIOU : un essai pour entériner les métamorphoses académiques du droit administratif	220
§ 155. – Promouvoir une nouvelle représentation du droit administratif à la fin du XIX ^e siècle, en dévaluant la doctrine antérieure	221
§ 157. – Conclusion du titre III	224

Titre IV

La consécration d'un sujet doctrinal : les contrats mobilisés à penser le droit administratif (1815-1890)

Chapitre premier

Les contrats mis en exergue à travers une appréhension gestionnaire du droit administratif

Section première. – Une représentation du droit administratif renouvelée à partir d'une rationalité gestionnaire

Paragr. 1. – Le droit administratif de la Restauration confronté aux préoccupations gestionnaires de ses contemporains

§ 161. – Une nouvelle représentation du droit administratif sous la Restauration	229
§ 163. – Des administrativistes attentifs aux préoccupations gestionnaires : des mutations induites par le parlementarisme	232
§ 166. – La contribution des débats parlementaires à cette inflexion doctrinale	236

Paragr. 2. – De l'assimilation d'une rationalité gestionnaire par les universitaires à une nouvelle représentation du droit administratif

§ 168. – Une discipline gestionnaire mise en discours par le baron de GÉRANDO	239
§ 170. – Les contrats de l'administration saisis à travers le prisme d'une rationalité gestionnaire	242
§ 173. – La formalisation par FOUCART d'une représentation du droit administratif déterminée par des préoccupations gestionnaires	246

Sect. 2. – Les marchés de l'État saisis à travers le prisme d'une rationalité gestionnaire : la loi de 1833 relative à leur passation

Paragr. 1 – La passation des marchés de l'État prise par la Loi : l'adoption disputée d'une loi équivoque

§ 175. – L'expression de préoccupations gestionnaires *via* la genèse parlementaire des procédures d'adjudication des marchés de l'État 249

Paragr. 2. – La permanence d'une tension : légiférer sur la passation des marchés de l'État ou conserver à l'administration une autonomie ?

§ 177. – Deux manières de réguler l'administration : entre une législation intrusive et une conception élargie de la responsabilité ministérielle 252

§ 179. – La permanence d'un conflit dans la manière de soumettre l'administration à une gestion efficiente 255

Chapitre 2

Une mise en discours des contrats corrélée à une représentation inédite du droit administratif

(deuxième tiers du XIX^e siècle)

Section première. – Des contrats administratifs spécifiés à travers la promotion de la distinction État-administrateur/État-propriétaire

Paragr. 1. – La formalisation d'une conception arrêtée des contrats administratifs : une locution contentieuse

§ 184. – Les « contrats administratifs » : de l'évolution d'une locution à l'expression d'une doctrine spécifique 260

§ 187. – Une conception des marchés de fournitures déterminée par l'action administrative 263

§ 189. – Les fournisseurs de l'administration : des agents contractuels associés à l'action administrative 265

§ 191. – Des marchés de fournitures singularisés par leur mode d'exécution 267

§ 192. – De la littérature praticienne à la littérature polémique : emprunt et amplification d'une conception doctrinale 269

Paragr. 2. – La distinction État-administrateur/État-propriétaire éprouvée au travers d'une acception reçue du contrat administratif

§ 193. – Les actes d'autorité et les actes de gestion : formalisation doctrinale d'une alternative à la définition classique du contentieux administratif 270

§ 194. – Les actes d'autorité et les actes de gestion : une conception alternative constamment réprouvée dans les débats parlementaires sur le Conseil d'État 271

§ 195. – La consécration par les débats parlementaires de la distinction État-administrateur/État-propriétaire 273

§ 196. – Une appréhension des marchés de fournitures orientée à corroborer la distinction État-administrateur/État-propriétaire 274

§ 199. – Des marchés de fournitures saisis différemment au travers des débats parlementaires sous la Monarchie de Juillet 277

Sect. 2. – Les contrats administratifs compris comme une extension de la distinction État-administrateur/État-propriétaire

Paragr. 1. – Les contrats administratifs mis en discours à travers une représentation univoque du droit administratif

§ 203. – La réception par la doctrine savante de la distinction État-administrateur/État-propriétaire 282

§ 204. – Le cas du professeur poitevin FOUCART	283
§ 205. – Le cas du professeur rennais LAFERRIÈRE	285
§ 206. – Le cas de deux membres du Conseil d'État, BOULATIGNIER & MACAREL	287
§ 207. – Le cas de COTELLE, normalien professeur à l'École des ponts et chaussées	288
§ 208. – Le cas du professeur toulousain CHAUVEAU	290
§ 209. – Le cas du professeur dijonnais SERRIGNY	292
§ 210. – Le cas du professeur caennais TROLLEY	293
§ 211. – La distinction État-administrateur/État-propriétaire appréhendée au travers de sa densité historique	294
§ 212. – Le cas singulier de l'avocat aux Conseils DUFOUR : le rejet de la distinction État-administrateur, État-propriétaire	295
§ 213. – Le succès d'une distinction accusée par la littérature praticienne de divulgation : l'exemple des répertoires de DALLOZ et de LEDRU-ROLLIN	297
§ 214. – Le témoignage univoque de la littérature administrative encyclopédique	298
 Paragr. 2. – Une conception univoque des contrats administratifs déclinée en plusieurs acceptions	
§ 217. – L'assimilation pure et simple des marchés de l'État aux actes administratifs : la doctrine du Toulousain CHAUVEAU	302
§ 219. – Une conception alternative, fondée sur l'idée de « service public » : les doctrines du Dijonnais SERRIGNY et du Poitevin FOUCART	305
 Sect. 3. – La distinction État-administrateur/État-propriétaire éprouvée par une catégorie problématique de contrats : les baux administratifs	
Paragr. 1. – La nature des contrats administratifs approfondie à l'aune des baux administratifs	
§ 223. – La question controversée des baux administratifs	311
§ 226. – Les baux administratifs : d'une catégorie monolithique de contrats à des contrats différenciés (les baux de bacs et de passages)	314
§ 229. – Différencier les baux administratifs pour spécifier des contrats afférents aux services publics et soumis à la compétence administrative	319
 Paragr. 2. – Les baux administratifs : de la critique d'une catégorie informe à l'appréhension des contrats afférents aux services publics	
§ 231. – L'inflexion doctrinale de DUFOUR : la consécration d'une conception sensible aux contrats afférents aux services publics	323
§ 233. – La promotion au Conseil d'État des contrats afférents aux services publics : les baux administratifs tombés en désuétude	325
§ 235. – Une brisure doctrinale au milieu du XIX ^e siècle : les contrats, un sujet marginalisé au sein de la littérature administrative	327

Chapitre 3

D'une représentation renouvelée du droit administratif à la marginalisation des contrats comme sujet doctrinal

(seconde moitié du XIX^e siècle)

Section première. – Une représentation du droit administratif bouleversée pour sa promotion académique

Paragr. 1. – Les contrats de l'administration impliqués dans les réaménagements du droit administratif académique

- § 239. – Les contrats de l'administration délaissés par une représentation du droit administratif réorganisée autour des administrés : LAFERRIÈRE (père) 333
- § 241. – Une inclination doctrinale entérinée par BATBIE : le souci de faire admettre le droit administratif comme une science proprement juridique 336
- § 243. – Des contrats de l'administration rapprochés du droit des obligations : un propos doctrinal destiné à oblitérer leur singularité 339
- § 245. – La contribution de CABANTOUS : les contrats de l'administration rejetés dans l'étude du contentieux administratif 341
- § 248. – La contribution de DUCROCQ : une doctrine alternative à celle de BATBIE, quoiqu'analogue à l'inflexion doctrinale de ses contemporains 343
- § 250. – Les contrats de l'administration : un sujet doctrinal relégué aux confins du droit administratif académique 346

Paragr. 2. – Une réorientation doctrinale engagée par des universitaires soucieux de rehausser la valeur académique du droit administratif

- § 253. – L'autonomisation de la science administrative hors du champ universitaire 349
- § 255. – Un réaménagement du droit administratif essentiellement suscité par les universitaires : une réaction aux préjugés l'affectant 351

Sect. 2. – D'une définition restrictive du contentieux administratif à la marginalisation des contrats dans le champ du droit administratif

Paragr. 1. – Une restriction du contentieux administratif amplifiée par des problématiques contemporaines du droit administratif

- § 259. – Une définition de l'acte administratif mise en correspondance avec la représentation contemporaine du droit administratif 356
- § 263. – Une compréhension du contentieux administratif exclusive du contentieux contractuel de l'administration 361
- § 265. – Une assimilation des contrats de l'administration aux contrats privés, entérinée par les ouvrages universitaires de vulgarisation 365
- § 267. – Une inflexion doctrinale accusée dans l'actualité du droit administratif : l'exemple de la condamnation de l'État aux dépens 367

Paragr. 2. – Des contrats de l'administration virtuellement exclus du contentieux administratif puis ressaisis par la théorie de l'État débiteur

- § 269. – Une promotion de la théorie de l'État débiteur concomitante à la désuétude de la distinction État-administrateur/État-propriétaire 370
- § 271. – L'enjeu de la théorie de l'État débiteur : récupérer le contentieux contractuel après son exclusion virtuelle du contentieux administratif 372
- § 273. – La théorie de l'État débiteur corrélée à la juridiction ministérielle 374

Sect. 3. – L’oblitération de la singularité des marchés de fournitures de l’État consécutive à l’abandon de la juridiction ministérielle

Paragr. 1. – Les marchés de fournitures pris dans les critiques adressées à la juridiction ministérielle

§ 278. – Les marchés de fournitures mobilisés à une critique de la juridiction ministérielle dans les années 1860-1870	377
§ 278. – D’une critique de la juridiction ministérielle au rapprochement des marchés de fournitures près des contrats privés	380
§ 280. – Une conception des marchés de fournitures entérinée par des réformateurs du Conseil d’État	383
§ 282. – Le contentieux des marchés de fournitures redéfini à travers les controverses touchant la juridiction ministérielle	386
§ 284. – L’exacerbation d’une inflexion doctrinale par les universitaires d’une nouvelle génération	388
§ 287. – L’indifférence des praticiens spécialistes	392

Paragr. 2. – Des attributions ministérielles appréhendées autrement : la reconnaissance des prérogatives exorbitantes du droit commun

§ 289. – Une évolution virtuellement subversive pour les marchés de fournitures	396
§ 290. – L’œuvre syncrétique d’Édouard LAFERRIÈRE : l’assimilation d’un héritage doctrinal désenclavé de son contexte polémique	399
§ 292. – Une présentation des contrats de l’administration originale, portée à organiser le contentieux administratif	401
§ 294. – Les conséquences de l’abandon de la juridiction ministérielle : la formalisation d’un pouvoir exorbitant pour l’administration contractante	403
§ 296. – Différencier l’exécution des marchés et le jugement de leur contentieux : les prodromes d’une appréhension moderne des contrats administratifs	406
§ 298. – Conclusion du titre IV	410
§ 299. – Conclusion de la première partie	413

SECONDE PARTIE
LE CONTRAT ADMINISTRATIF :
DE LA CONTINGENCE D'UN CONCEPT À L'HÉGÉMONIE D'UNE THÉORIE
(1880-1960)

Titre premier
Les contrats administratifs :
une locution corrélée à la compétence administrative
(1880-1940)

Chapitre premier
Le contentieux contractuel pris à parti par les critiques parlementaires sur la juridiction administrative

Section première. – Dévaluer le contentieux contractuel pour critiquer la juridiction administrative

§ 303. – Les contrats de l'administration saisis par l'urgence d'une réforme de la juridiction administrative	421
§ 305. – L'exemple topique d'une initiative parlementaire portée à réorganiser le Conseil d'État	423
§ 307. – Le contentieux contractuel : fer de lance des critiques dirigées contre la juridiction administrative	426

Sect. 2. – Discuter du contentieux contractuel pour désengorger le Conseil d'État

§ 309. – Critiquer le contentieux contractuel ; redéfinir le contentieux administratif ; rééquilibrer les attributions du Conseil d'État	429
§ 311. – Les réactions à l'hypertrophie des attributions juridictionnelles du Conseil d'État : un rejet du contentieux contractuel vers le contentieux judiciaire	431
§ 313. – L'évacuation des débats sur le contentieux administratif dans les années consécutives à la Première Guerre mondiale	433

Chapitre 2
Les contrats de l'administration saisis par les réaménagements doctrinaux du contentieux administratif

Section première. – Des contrats appréhendés à travers le prisme du contentieux administratif

§ 316. – Une définition doctrinale du contentieux administratif corrélée à la conception de la juridiction administrative	437
§ 318. – Les contrats de l'administration : un sujet récurrent mobilisé à une ambition réformiste du contentieux administratif	440
§ 320. – Le contentieux contractuel : un contentieux étranger au contentieux administratif par nature (second XIX ^e siècle)	442
§ 322. – La promotion du contentieux de pleine juridiction par HAURIOU : la doctrine administrative du second XIX ^e siècle mise à l'épreuve	444

Sect. 2. – La distinction acte d'autorité/acte de gestion : un vecteur décisif dans la marginalisation des contrats au sein du droit administratif

§ 324. – La doctrine des actes d'autorité et des actes de gestion : une distinction portée par des enjeux contemporains	448
§ 326. – La relégation des actes de gestion vers le contentieux judiciaire : l'exemple du professeur JACQUELIN, promoteur de l'unité de juridiction	449
§ 328. – Les actes de l'administration : un sujet appréhendé différemment suivant des mobiles doctrinaux spécifiques (1860-1910)	453
§ 330. – Léon DUGUIT et Gaston JÈZE : deux auteurs au diapason avec leurs contemporains	457
§ 332. – Maurice HAURIOU : un auteur soucieux de réorganiser le contentieux administratif autour du plein contentieux	460

Chapitre 3

Une conceptualisation prétorienne du contrat administratif ?

Section première. – Un arrêt mythifié : la jurisprudence *TERRIER*

§ 335. – Le Conseil d'État, père du contrat administratif ?	465
§ 336. – L'arrêt <i>TERRIER</i> : augmenter le contentieux administratif sans le bouleverser	467
§ 338. – L'abandon de la théorie de l'État débiteur et la nécessité d'attirer autrement le contentieux contractuel de l'État au contentieux administratif	470
§ 341. – La réception de l'arrêt <i>TERRIER</i> par la doctrine administrative contemporaine	473

Sect. 2. – Des arrêts prétendument fondateurs du concept du contrat administratif

§ 343. – L'arrêt <i>THÉRON</i> : une conceptualisation du contrat administratif introuvable	478
§ 345. – L'arrêt <i>Société des granits</i> : une affaire spécifique aux marchés de fournitures communales	480
§ 348. – La réception de l'arrêt <i>Société des granits</i> par la doctrine administrative contemporaine	485
§ 350. – Les arrêts <i>TERRIER</i> , <i>THÉRON</i> & <i>Société des granits</i> : des arrêts appréhendés à l'aune de la séparation des autorités administrative et judiciaire	489
§ 351. – La composition par Gaston JÈZE d'une histoire (biaisée) des contrats administratifs : une entreprise coextensive à leur théorisation	491
§ 353. – Conclusion du titre I	495

Titre II

Les contrats administratifs : un sujet doctrinal traversé par des réflexions divergentes (1860-1914)

Chapitre premier

Les marchés administratifs évoluant entre droit privé et droit public

Section première. – De la réformation des cahiers des charges au rapprochement des marchés administratifs près du droit civil

§ 356. – Rétrospective sur les marchés de fournitures avant les années 1870 : des actes associés à l'action administrative	499
§ 358. – L'autonomisation des marchés de fournitures comme sujet doctrinal : la contribution décisive des praticiens	501
§ 359. – Cinquante ans d'une politique réformatrice des cahiers des charges : la « civilisation » des rapports contractuels de l'administration	502
§ 362. – Des cahiers des charges vertement critiqués	507
§ 363. – Une doctrine praticienne soucieuse de rapprocher, sinon de soumettre les marchés administratifs au droit civil	509

Sect. 2. – L'enjeu d'une qualification : distinguer les clauses exorbitantes pour rapprocher tendanciellement les marchés des contrats du code civil

§ 365. – Les marchés administratifs : un sujet récurrent de la littérature doctorale de la Belle Époque	512
§ 367. – L'enjeu de cette littérature doctorale : expliciter la nature des marchés administratifs	514
§ 368. – La nature ambivalente des marchés administratifs : une conséquence de la normalisation des cahiers des clauses	516

Chapitre 2

L'effet relatif des concessions questionné : un modèle contractuel émoussé

Section première. – Les difficultés insolubles de la doctrine civiliste pour appréhender les spécificités des contrats de concession

§ 371. – Les contrats d'utilité publique du point de vue de la doctrine privatiste	521
§ 372. – Un essai doctrinal pour soustraire les contrats d'utilité publique du carcan du droit civil	523
§ 374. – La réaction unanime de la doctrine privatiste : la défense d'un droit civil compris comme protecteur des intérêts privés	524
§ 376. – Une doctrine privatiste engagée dans des perspectives bornées par l'horizon du droit civil	527

Sect. 2. – Les différentes inclinations de la doctrine publiciste pour comprendre les relations *sui generis* des contrats de concession

§ 378. – L'appréhension des contrats d'utilité publique par la doctrine publiciste dans les années 1900	530
§ 380. – Le rejet formel de la stipulation pour autrui à la faveur d'une analyse institutionnelle des services concédés	532
§ 382. – La concession de service public, une convention sujette à des conceptions disputées : la prégnance du cadre contractuel	534

Chapitre 3

L'immutabilité des concessions discutée : un modèle contractuel bouleversé

Section première. – Les vicissitudes doctrinales d'une conception renouvelée du contrat de concession

§ 385. – Les concessions de service public interrogées : du Palais Bourbon au Palais-Royal	537
§ 387. – L'esquisse doctrinale de la concession, conçue comme l'institutionnalisation d'une collaboration à un service public	540
§ 388. – L'assimilation par le Conseil d'État d'une conception institutionnelle de la concession <i>via</i> la responsabilité de la puissance publique	541
§ 391. – Le contrat de concession traversé par les pouvoirs réglementaires : une réaction aux concessions monopolistiques	546
§ 393. – De la subversion du cadre contractuel de la concession à la formalisation doctrinale d'un acte inédit	548
§ 395. – Mise en perspective historique (second XIX ^e siècle) des définitions doctrinales de la concession	553

Sect. 2. – De l'entreprise d'un travail public à l'exploitation d'un service public : une conception de la concession bouleversée

§ 397. – Un essai doctrinal pour subsumer <i>le</i> contrat de concession : un contrat pour l'exploitation d'un service	557
§ 398. – La nature contractuelle de la concession discutée à propos des monopoles communaux	559
§ 400. – L'affirmation de la double nature de la concession de travaux publics	561
§ 402. – L'affirmation d'un contrat irréductible au droit commun : le contrat de droit public	563
§ 403. – Mise en perspective historique (second XIX ^e siècle) des définitions doctrinales de la concession	564
§ 404. – La confrontation de plusieurs conceptions de la concession de service public dans les années 1900	566
§ 405. – Une conception inédite de la concession de service public, mise en rapport avec une représentation moderne du droit administratif	567
§ 406. – Réévaluer la portée des réflexions sur les concessions de service public, pour mieux appréhender la conceptualisation du contrat administratif	570
§ 407. – Conclusion du titre II	572

Titre III

L'impossible contrat administratif : le concept du contrat monopolisé à dénoter le droit privé (1890-1914)

Chapitre premier

Ressorts et enjeux des discours doctrinaux afférents aux contrats

§ 409. – Une histoire doctrinale du contrat solidaire des conceptions de la <i>summa divisio</i>	577
--	-----

§ 412. – Une histoire des contrats administratifs solidaire de celle des contrats d'adhésion	581
§ 414. – Les mutations de la doctrine universitaire à la charnière des XIX ^e et XX ^e siècles	584
§ 416. – Les métamorphoses de l'enseignement universitaire entrevues à l'aune de la littérature doctorale	588
§ 418. – Les mutations épistémologiques du contrat dans le premier XX ^e siècle	591

Chapitre 2

Un contrat employé par la doctrine privatiste pour composer l'identité du droit privé

Section première. – Le contrat mis en valeur comme une figure emblématique d'un droit civil individualiste et libéral

§ 420. – Le contrat promu à travers la doctrine de l'autonomie de la volonté	593
§ 422. – La doctrine de l'autonomie de la volonté : une doctrine initialement formalisée par ses contempteurs	597
§ 424. – Un contrat attiré à la <i>summa divisio</i> par son caractère emblématique du droit privé	599
§ 426. – Le contrat selon les administrativistes : un concept hétérogène au droit administratif	601
§ 427. – La réévaluation du contrat au travers des manifestations unilatérales de volonté	603
§ 428. – La configuration du social par le biais de la norme contractuelle	605

Sect. 2. – Le rôle cardinal conféré au contrat : une illustration avec les contrats d'adhésion

§ 430. – Le déploiement du contrat d'adhésion au travers d'une acception objective du contrat	609
§ 432. – Confrontation de la conception admise par SALEILLES sur les contrats d'adhésion, avec les critiques de la doctrine civiliste orthodoxe	611
§ 434. – Les contrats d'adhésion employés à confronter la valeur de la théorie des contrats	615
§ 436. – La contemporanéité de la doctrine de l'autonomie de la volonté éprouvée au travers des contrats d'adhésion	617
§ 438. – Une analyse singulière des contrats d'adhésion : la thèse de GOUNOT	620
§ 440. – Du contrat à la loi, du droit privé au droit public	622
§ 441. – Le contrat comme figure emblématique et tutélaire du droit privé, face à l'influence délétère et redoutée du droit public	624
§ 444. – L'exacerbation de la <i>summa divisio</i> à travers les débats sur le contrat de travail	627
§ 446. – La quête d'une légitimité du droit administratif en dehors du contrat, référent privatiste	631

Chapitre 3

Un contrat marginalisé par la doctrine publiciste : promouvoir un droit public valorisé et autonome du droit privé

Section première. – Léon DUGUIT : une théorie du droit étrangère à la dualité des contrats

§ 449. – La négation de la nature contractuelle du contrat d'adhésion, conçu comme l'expression de volontés unilatérales	637
§ 450. – D'une théorie moniste des actes juridiques à l'unicité des contrats	638

§ 452. – Une appréhension classique des contrats, caractéristique de l'avant-guerre	641
---	-----

Sect. 2. – Maurice HAURIOU : une théorie de l'institution employée à caractériser des relations juridiques irréductibles au contrat

§ 454. – Une théorie de l'institution employée à autonomiser le droit public	644
§ 456. – La valorisation des relations collaboratives de longue durée, par contraste avec les relations instantanées	647
§ 458. – Une partition originale des contrats de l'administration développée sous l'égide de la théorie de l'institution	650
§ 460. – La négation de la nature contractuelle des contrats d'adhésion	652

Sect. 3. – Gaston JÈZE : un contempteur farouche du contrat *administratif*, suspect d'inféoder le droit public au droit privé

§ 463. – La fervente dénonciation d'un contrat administratif	657
§ 465. – Sa méfiance vis-à-vis du contrat administratif, compris comme un emprunt civiliste	660
§ 467. – La concession de service public : l'ajustement d'une situation contractuelle à un régime réglementaire	662
§ 469. – Conclusion du titre III	666

Titre IV

De l'acculturation du contrat à la théorisation des contrats administratifs (1914-1960)

Chapitre premier

D'un contrat menacé par l'imprévision à une duplication du contrat

Section première. – Le contrat administratif attiré à une réception critique de la théorie de l'imprévision

Paragr. 1. – D'une solution d'opportunité à la consécration d'une théorie prétorienne : l'imprévision par le Conseil d'État

§ 474. – La consécration de l'imprévision par le Conseil d'État : une vive réaction des civilistes	674
§ 476. – La justification de la théorie de l'imprévision : régulariser un accident prétorien	676

Paragr. 2. – La concession de service public (de nouveau) débattue à l'aune de la théorie de l'imprévision

§ 477. – Une jurisprudence foncièrement ambiguë : la conservation du cadre contractuel pour les concessions de service public	678
§ 479. – D'une appréhension latitudinaire du contrat de concession, à la confrontation de plusieurs acceptions du contrat	681

Sect. 2 – Mobiliser contrat et droit administratifs : un enjeu pour les civilistes soucieux de qualifier les évolutions du droit privé

Paragr. 1. – La doctrine de l'autonomie de la volonté mise à l'épreuve par la théorie de l'imprévision

§ 482. – Une théorie de l'imprévision subversive de la doctrine de l'autonomie de la volonté	685
§ 483. – De l'utilité de la littérature doctorale	687
§ 484. – Préserver la doctrine de l'autonomie de la volonté (les concessions cantonnées à l'extérieur du droit civil)	688
§ 485. – Conserver la doctrine de l'autonomie de la volonté (les concessions prises comme référent)	689
§ 487. – Critiquer la doctrine de l'autonomie de la volonté (les contrats administratifs pris comme modèle)	691
§ 489. – La théorie de l'imprévision : une remise en cause du droit civil pour son adaptation aux évolutions sociales	694
§ 491. – Une hostilité à la théorie de l'imprévision motivée par le rejet de l'interventionnisme judiciaire	696
§ 493. – La théorie de l'imprévision : une théorie controversée opposant deux conceptions antinomiques du contrat	699

Paragr. 2. – Le contrat administratif employé par les privatistes à capter les mutations hétérogènes au droit privé

§ 495. – La relégation des contrats administratifs hors du droit civil	702
§ 497. – La recomposition de la doctrine de l'autonomie de la volonté autour d'une justice contractuelle : le repli de la doctrine civiliste sur elle-même	705
§ 498. – Une appréhension originale (et marginale) de la théorie de l'imprévision : l'exemple de deux privatistes, en droit ouvrier et en droit comparé	707
§ 499. – L'identification des contrats de droit privé autour d'une technique contractuelle	709
§ 500. – RIPERT & MORIN : la qualification des transformations touchant aux contrats et la publicisation des contrats	711
§ 501. – JOSSERAND : La qualification des transformations touchant aux contrats et la publicisation des contrats	713
§ 502. – La conjuration d'un droit privé dénaturé : le contrat « publicisé » pour prévenir un contrat annihilé	714
§ 504. – La publicisation du contrat : une perspective doctrinale destinée à départager les influences du droit public sur le contrat	717
§ 506. – La reconnaissance par les civilistes des contrats administratifs comme contre-modèle	719

Sect. 3. – Des publicistes enclins à conférer au contrat administratif une acception irréductible au droit privé

Paragr. 1. – La théorie de l'imprévision : vecteur d'une représentation accentuée de l'autonomie du droit administratif

§ 509. – Une théorie de l'imprévision comprise, par certains publicistes, en accord avec une conception unitaire des contrats	723
§ 511. – Une théorie de l'imprévision comprise, par nombre de publicistes, comme antinomique à une conception unitaire des contrats	726
§ 512. – Une théorie exorbitante du droit commun, au point de vue des pouvoirs du juge administratif	728
§ 513. – La théorie de l'imprévision, fruit d'une divergence prétorienne entre les deux ordres juridictionnels	730
§ 514. – L'impossible exportation de la théorie de l'imprévision vers le droit privé	731

Paragr. 2. – L’assimilation au droit administratif d’un contrat rendu autonome du droit privé

§ 516. – La mise en exergue d’un Conseil d’État juge-administrateur	734
§ 518. – Des débats parlementaires arqués sur le pouvoir de révision du Conseil d’État en matière d’imprévision	738
§ 520. – La théorie de l’imprévision assimilée au travers des théories institutionnalistes : la formalisation des contrats de collaboration	741
§ 522. – La théorie de l’imprévision valorisée d’après deux perspectives différentes : la technique juridique et la philosophie de l’institution	745
§ 524. – Définir le contrat administratif et faire voir les évolutions de la concession : deux applications différentes de l’imprévision	748
§ 526. – Assimiler le contrat au droit administratif et dépasser le contrat	751

Chapitre 2

L’acculturation du contrat au droit administratif au travers d’une théorisation des contrats administratifs

Section première. – La formalisation d’une définition contentieuse du contrat administratif contingente des années 1920

Paragr. 1. – De l’engorgement du Conseil d’État à une nouvelle délimitation du contentieux administratif

§ 530. – Les marchés administratifs saisis par la guerre et les difficultés d’une juridiction administrative en peine d’être réformée	756
§ 532. – La genèse d’une théorie des contrats administratifs	758
§ 533. – De l’art de reconstituer une généalogie jurisprudentielle	760
§ 535. – Un critère des clauses exorbitantes mystifié : une compréhension a-historique des marchés de fournitures	763

Paragr. 2. – Une définition des contrats administratifs employée à adapter les limites du contentieux administratif

§ 537. – De la diversification des contrats de l’administration à la formalisation d’une règle de compétence générique pour les contrats administratifs	766
§ 538. – La concurrence d’une autre acception du contrat administratif, résultante de la théorie de l’imprévision	768
§ 540. – Le critère des clauses exorbitantes employé à ajuster le contentieux contractuel	771

Sect. 2 – La systématisation doctrinale du contrat administratif et son assimilation aux discours sur le droit administratif

Paragr. 1. – De la nouvelle définition contentieuse du contrat administratif à son autonomisation vis-à-vis du référent privatiste

§ 542. – La réception doctrinale de la jurisprudence administrative : une systématisation graduelle au rythme des notes d’arrêts	774
§ 544. – D’une systématisation de la jurisprudence à une conceptualisation du contrat administratif par la prédominance des clauses exorbitantes	777
§ 546. – La conceptualisation des contrats administratifs : une privatisation des contrats de l’administration par la publicisation du contrat	781
§ 548. – Le contrat administratif d’après WALINE : un contrat qui subvertit la doctrine de l’autonomie de la volonté au nom de la Loi	784

Paragr. 2. – Mise en perspectives des évolutions doctrinales touchant les contrats de l'administration sur le premier XX ^e siècle	
§ 550. – Les derniers auteurs classiques de l'Entre-deux-guerres : BONNARD & ROLLAND	787
§ 552. – L'esquisse par ROLLAND des linéaments d'une théorie des contrats administratifs, extraite de sa théorie des services publics	790
§ 554. – Les administrativistes de la génération 1900 : une exposition du droit administratif qui accuse l'inertie des mutations doctrinales	793

Sect. 3. – La théorie du contrat administratif : au croisement entre publicisation du contrat et privatisation du contrat administratif

Paragr. 1. – Un contrat administratif essentialisé à travers l'inégalité (juridique) des relations contractuelles	
§ 556. – Les contrats de l'administration pris dans l'intense activité doctrinale de la fin des années 1920	796
§ 557. – L'assimilation du contrat au droit administratif par le prisme oblique du contentieux administratif	798
§ 558. – Les travers d'une définition contentieuse du contrat administratif : la mise en exergue de l'inégalité des situations	799
§ 560. – La prédominance du critère tiré de la puissance publique	802
Paragr. 2. – Un contrat administratif démarqué (ou rapproché ?) du contrat de droit privé à l'aide des clauses exorbitantes	
§ 562. – Une privatisation latente de la théorie contentieuse des contrats administratifs	806
§ 564. – Une privatisation du contrat administratif exacerbée par une définition <i>lato sensu</i> , fondée sur les clauses exorbitantes	809

Chapitre 3

Pérennisation d'une théorie, évolution d'un concept

Section première. – De JÈZE à PÉQUIGNOT, une théorie aux ressorts contradictoires : penser les contrats à l'aune de la *summa divisio*

Paragr. 1. – Le contrat administratif : vecteur d'une autonomie du droit public par l'acculturation d'un concept privatiste	
§ 567. – Le contrat administratif : un contrat conçu comme un envers du contrat privé, compliqué d'un régime juridique spécifique	812
§ 569. – La contribution décisive de JÈZE à la conceptualisation du droit administratif	814
§ 571. – La théorie de JÈZE sous tension : une définition générique et contentieuse, rapprochée d'un régime juridique hypertrophié	817
§ 572. – La théorie des contrats administratifs : une technique juridique destinée à publiciser la théorie civile des contrats	820
§ 573. – L'essai doctrinal de PÉQUIGNOT : l'affirmation singulière d'un contrat administratif irréductible au contrat	821
Paragr. 2. – De l'assimilation du contrat au droit administratif, à la privatisation latente du droit administratif	
§ 575. – L'influence de la théorie de la gestion privée sur la privatisation de la théorie des contrats administratifs	824
§ 578. – Une inflexion doctrinale destinée à oblitérer les accents autonomistes de la théorie des contrats administratifs	829
§ 580. – Une privatisation des contrats administratifs accompagnée par l'évolution des pratiques contractuelles de l'État	831

§ 582. – Trente ans d'une littérature doctorale entérinant le rapprochement des contrats administratifs près du référent contractuel (1930-1960)	833
§ 583. – La faculté de Paris, au cœur d'un enseignement administratif économique appliqué et convergent vers le droit privé	836
Sect. 2. – La réception de la théorie des contrats administratifs au travers de la réforme des études de droit (1954-1962) : sa consécration académique	
Paragr. 1. – Une réforme académique : la mutation d'une théorie doctrinale en un référent de l'enseignement universitaire	
§ 586. – L'articulation de la théorie des contrats administratifs à une réforme de l'enseignement du droit administratif	840
Paragr. 2. – La prompt réaction des ouvrages universitaires du droit administratif : la réception unanime d'une théorie doctrinale	
§ 588. – L'assimilation par les ouvrages didactiques de la fonction pédagogique conférée à la théorie des contrats administratifs	844
Sect. 3. – Le contrat administratif dans les vicissitudes doctrinales de l'après-guerre : inertie d'un concept ou nécessité d'une technique ?	
Paragr. 1. – Le contrat administratif confronté à la convergence des techniques contractuelles en droit public et droit privé	
§ 591. – Le concept du contrat administratif pris dans la décennie tumultueuse de l'après-guerre	847
§ 592. – Le concept de contrat administratif pris dans les interrogations sur la <i>summa divisio</i>	849
§ 593. – La relégation au second plan du contrat administratif emportée par la crise de la notion de service public	851
§ 595. – Contrat administratif et contrat privé : un rapprochement sensible attisé par l'équivalence des techniques contractuelles	855
Paragr. 2. – Situer la théorie civile des contrats et organiser les techniques contractuelles de l'administration	
§ 596. – Une théorie des contrats administratifs moins subversive du contrat, pacifiée avec la théorie civile des contrats	857
§ 597. – De l'importance de tenir compte des enjeux sous-jacents aux doctrines qui ont mis en discours les contrats administratifs	859
§ 598. – Les contrats administratifs : un concept employé à organiser la pluralité des procédés contractuels de l'administration	860
§ 600. – Conclusion du titre IV	864
§ 601. – Conclusion de la seconde partie	867
Conclusion générale	871
Sommaire de la bibliographie	881
Bibliographie	885
<i>Index onomastique</i>	919
<i>Index rerum</i>	925
Plan	931

